

النظام القانونى للتأجير التمويلى

L E ASING, CRÉDIT - BAIL

الدكتور

هانى محمد دويدار

استاذ القانون التجارى والبحرى المساعد

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

الطبعة الثانية

١٩٩٨



النظام القانونى للتأجير التمويلى

LEASING, CRÉDIT - BAIL

الدكتور

هانى محمد دويدار

استاذ القانون التجارى والبحرى المساعد

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

الطبعة الثانية

١٩٩٨

مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية

المنتزة - أبراج مصر للتعمير رقم ١٤ ☎ ٥٤٧٥٤٩١

المطابع : المعمورة البلد - بحرى ☎ ٥٦٠٠٤٧٩

تقديم الطبعة الثانية

صدرت الطبعة الأولى من هذا المؤلف فى عام ١٩٩٤ ، وكانت ثمرة جهود بحثية للمؤلف فى دراسة التجربة الفرنسية فى مجال التأجير التمويلى. وكان الهدف منها وضع تلك التجربة تحت ناظرى المشرعين والقضاة فى دول الأمة العربية لاعريقة ، فضلاً عن الباحثين القانونيين العرب الذين قد ينشغلون بظاهرة التأجير التمويلى .

وإذ صدرت الطبعة الأولى من المؤلف قبل صدور القانون المصرى رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى شأن التأجير التمويلى [١] ، وهو أول القوانين العربية التى تناولت التأجير التمويلى بالتنظيم القانونى الشامل [٢] ، أثار إصدار الطبعة الثانية من المؤلف تساؤلاً حول ما إذا كان الأمر يقتضى إضافة شرح وتحليل أحكام القانون المشار إليه ، بحيث تصبح الدراسة دراسة نقدية فى القانونين الفرنسى والمصرى ، أم على العكس يكون من الأوفق الفصل بين دراسة الظاهرة فى كل قانون منهما على حدة .

ومن واقع انشغال المؤلف وتوجهه إلى القارئ العربى فى المقام الرئيسى ، ومنه القارئ المصرى ، فقد آثر اصدار الطبعة الثانية من المؤلف مقصورة على دراسة التجربة الفرنسية كما كانت حال الطبعة الأولى ، بحيث تبقى المقاومات الأساسية للنظام القانونى للتأجير التمويلى فى ظل القانون الفرنسى منصهرة فى وحدة فكرية وبحثية تسمح بالإفادة منها خاصة إذا أخذنا فى الاعتبار الاختلاف البيّن بين ماهية عمليات التأجير التمويلى الخاضعة لأحكام أى من القانون الفرنسى والقانون المصرى .

---

(١) الجريدة الرسمية المصرية ، العدد ٢٢ مكرر ، ٢ يونيو ١٩٩٥ ، ص ٣ - ١٢ .

(٢) لم يصدر قبل القانون المصرى من نصوص خاصة بالتأجير التمويلى فى الدول العربية سوى النشرة الصادرة عن وزارة المالية المغربية فى غرة يوليو ١٩٧٨ التى حلت محل النشرة الأولى الصادرة فى ١٤ يوليو ١٩٦٥ . وتهدف النشرة إلى تحديد الأحكام الضريبية السارية على عمليات التأجير التمويلى، وقد اقتضى منها ذلك تحديد المفهوم القانونى للتأجير التمويلى ، وقد اقتبسته من تعريفه فى القانون الفرنسى لعام ١٩٦٦ .

ولا يعنى ذلك بطبيعة الحال انحسار أهمية شرح وتحليل أحكام القانون المصرى ، وبالأخص أن هذه الدراسة صارت ترتبط بدراسة أحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار [١] ، والذى يعد التأجير التمويلى من العمليات الخاضعة لأحكامه [٢] ولكن تجدر الإشارة إلى أن دراسة تلك الأحكام لن تتعدى كونها « شرحاً لنصوص » ولن تمثل دراسة « لتجربة » مصرية ، إذ لا يزال التأجير التمويلى فى طوره الجنينى فى مصر ، مما يحسن معه أن تنفرد هذه الدراسة بمؤلف مستقل وبخطة بحثية مختلفة .

وإذ أثار المؤلف أن القانون المصرى المشار إليه قد رخص بتأجير الأراضى تأجيراً تمويلياً ، وذلك استقلالاً عن تأجير ثمة مبان أو غراس ، فقد تفرد دون القوانين المقارنة بإستهداف القطاع الزراعى بعمليات التأجير التمويلى ونظراً لما تمثله الزراعة من أهمية قصوى لجل المجتمعات العربية ، فإن المؤلف بصدد إعداد مصنف بعنوان « التأجير التمويلى للأرض . دراسة فى ضوء القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ ولائحته التنفيذية » ، يأمل صدور طبعته الأولى قريباً بإذن الله .

بذلك يأمل المؤلف أن يكون قد أوفى عهده تجاه القارئ العربى العزيز ، بأن قدم له دراسة خاصة بالتأجير التمويلى للمنقولات ، المادية منها والمعنوية ، والتأجير التمويلى للعقارات المبنية ، وهو ما يتضمنه المؤلف الراهن ، والتأجير التمويلى للأرض ، وهو موضوع المؤلف قيد الإعداد والإصدار.

والله ولى التوفيق ،،،

الاسكندرية – يناير ١٩٩٨

---

(١) الجريدة الرسمية المصرية ، العدد ١٩ مكرر ، ١١ مايو ١٩٩٧ ، ص ٢ – ١٥ .
(٢) المادة الأولى بند ١٢ من القانون .

مقدمة

١ - التأجير التمويلى وسيلة حديثة نسبيا لتمويل استثمارات المشروعات الاقتصادية ، بدأ التفكير فى ادخاله فى مصر مع بداية انشاء الهيئة العامة لسوق المال التى اخذت على عاتقها البحث عن وسائل تشجيع قيام المشروعات الإنتاجية بتيسير سبل التمويل للقائمين عليها والاخذ بالصور المستحدثة لهذا التمويل ومن بينها نشاط التأجير التمويلى [١] .

والواقع انه فى اعقاب نشر دراسة اعدتها اللجنة الاقتصادية لشئون اوروبا التابعة لمنظمة الامم المتحدة [٢] برز اتجاه يدعو الدول النامية الى تمويل استثمارات المشروعات فيها عن طريق التأجير التمويلى كبديل لانخراطها فى علاقات التبعية الاقتصادية الدولية من خلال عقود نقل التكنولوجيا [٣] ، وذلك على اعتبار ان الحصول على المعدات الانتاجية عن طريق التأجير التمويلى يغنى تلك المشروعات عن قبول تلقى التكنولوجيا فى الفروض التى تتجسد فيها فى تلك المعدات .

ويرى البعض فى اللجوء الى التأجير التمويلى علاجا للقدرات المالية المحدودة لمشروعات الدول النامية والصعوبات التى تواجهها فى الحصول على سبل التمويل المصرفى ، وهناك ابحاث علمية وقد وجهت جهودها الى دراسة مشكلات التمويل فى دولة محددة من الدول النامية تقرر ان التأجير التمويلى يعد من عناصر دفع التنمية

---

(١) محمود محمد فهمى : بحث فى التأجير التمويلى كوسيلة من وسائل التمويل ، مجلة مصر المعاصرة ، ابريل ١٩٨٤ ، ص ١٨١ ومابعدها ، ص ٩٤ من العدد .

(٢) ONU : Commercialisation des licences et crédit-bail, Comité pour le développement du commerce, Commission économique pour l'Europe de l'ONU, Genéve, 1976.

(٣) GERMIDIS: Le transfert de technologie vers les pays en voie de développement: une question controversée, Tiers - Monde, Tome XVII, 1976 p. 5 - 7 .

الاقتصادية لما يمثله من سبيل هام لتمويل استثمارات المشروعات [١] ، فضلا عن اعتباره و سيلة جديدة لتمويل المشروعات التى تعانى من صعوبات مالية [٢] .

ولقد اشار البعض الى انه بالرغم من اهمية التأجير التمويلى كوسيلة من وسائل تمويل المشروعات لابُد من توفير المناخ القانونى الملائم له اذا ما اريد ادخال هذا النشاط فى مصر [٢] . وهذا ما يفسر ان الحكومة المصرية بادرت الى اعداد مشروع قانون ينظم التأجير التمويلى تمهيدا لادخال هذا النشاط فى مصر [٣] .

واذا كان الامر يشير الى ان للتأجير التمويلى من الخصائص ما يحتم توافر تنظيم قانونى ملائم له الا انه يدل ايضا عن عدم ملاءمة النظام القانونى بما يحويه من قواعد عامة تنظم العقود والالتزامات لهذه الصورة المستحدثة من العلاقات التعاقدية .

؟ – ومن هنا تأتى اهمية دراسة التجربة الفرنسية فى شأن التأجير التمويلى ، ليس فقط على اعتبار انتماء النظام القانونى المصرى للنظام اللاتينى الذى يأتى على

---

(٤) انظر على سبيل المثال بخصوص دولة المغرب EL FAKHORI : Contribution à l' étude de l'insuffisance des fonds propres dans la petite et moyenne entreprise undustrielle marocaine, Thése 3° cycle, Sciences de gestion Bordeaux, 1985.

وبخصوص الكونغو : DINAMONA-LOUKOMBO: Politiques de crédit et développement dans les Etats de la zone BEAC (Le cas du Congo), Thése 3° cycle, Monnaie, Finance et Banque, Toulouse, 1985.

وفى ذات المعنى حول ادخال هذا النشاط فى مصر : عبد الكريم عبد الحميد وحافظ كامل الغندور : بحث فى الائتمان التأجيرى ، قدم الى ندوة الجمعية المصرية للادارة المالية عن دور مؤسسات التمويل، ١٩٨٢ .

(١) حسام الدين عبد الغنى الصغير : التأجير التمويلى ، وسيلة جديدة لتمويل المشروعات التى تعانى من صعوبات مالية ، منشور الندوة العلمية التطبيقية عن المشروعات المتعثرة : اسبابها وعلاجها ، تنظيم البنك الاهلى المصرى ومكتب شوقى وشركاه للمحاسبة تحت رعاية محافظ البنك المركزى ، ١٨ – ١٩ نوفمبر ١١٩٨٩ .

(٢) انظر فى ذلك : فايز نعيم رضوان ، بحث فى عقد الائتمان الايجارى ، دار الفكر العربى ، القاهرة، ١٩٨٥ .

(٣) وهو المشروع التى عهدت الحكومة الى الهيئة العامة لسوق المال باعداده ، والذى اسفر بالتعاون مع مركز البحوث الاقتصادية بالبنك الاهلى المصرى عن صياغة قواعده فى عام ١٩٨٢ . وبالرغم من مرور عشر سنوات على اعداد مشروع القانون فانه لم ير النور بعد .

رأسه القانون الفرنسى وانما بالنظر الى انه على مدى هذه التجربة التى تقارب الثلاثين عاما اعيد النظر فى اكثر من مناسبة فى التنظيم القانونى لهذا النشاط ، فضلا عما يظهره الواقع من اثارة العديد من المنازعات حول تنفيذ عقود التأجير التمويلى .

فإذا كان التأجير التمويلى لازاله فى طور الجنين كظاهرة قانونية فى مصر ونرغب فى ارسائه فى اقتصادنا كسبيل من سبل التمويل فلابد من طرح اشكاليات التنظيم القانونى للتأجير التمويلى واقتراح الحلول المناسبة لهذه الاشكاليات . واذ تعرض امامنا التجربة الفرنسية فى هذا الصدد فنرى اهمية الافادة منها لكى يتحقق افضل تنظيم قانونى للتأجير التمويلى فى مصر ، ليس فحسب لضمان انتشاره وذيوعه وانما لضمان فعاليته كسبيل لتمويل استثمارات المشروعات المصرية مما يدفع بها الى تحقيق التمية الاقتصادية المنشودة .

٣ - ولذلك فإن دراستنا للتأجير التمويلى فى القانون الفرنسى دراسة نقدية ، نحاول من خلالها بيان اوجه القصور فى التنظيم القانونى لهذا النشاط وبصفة خاصة للعلاقة التعاقدية التى تنشأ عن عقد التأجير التمويلى والتى تعبر عن تقديم خدمة التمويل الى متلقيها . وفى سبيل بلوغ هذه الغاية ندرس التأجير التمويلى بوصفه ظاهرة قانونية فى باب اول نبين فيه مفهومه القانونى و الاطار التنظيمى للنشاط الذى يعبر عنه . ثم ننتقل إلى دراسة النظام القانونى لعقد التأجير التمويلى فنعرض لاحكامه القانونية المميزة له مع ابراز طبيعته القانونية .

الباب الاول

التأجير التمويلى بوصفه ظاهرة قانونية

٤ - الظاهرة القانونية هى بوجه عام كل ظاهرة تتولى قاعدة قانونية ، اياً كان مصدرها ، تنظيمها .

وغالبا ما تسبق الظواهر الاجتماعية فى وجودها ميلاد القاعدة القانونية التى تحكمها . وهذا ما يصدق على الظواهر الاقتصادية وبوجه خاص فى النظام الرأسمالى

نظرا للطاقات الابداعية والخلاقة التى ينعم بها رأس المال فى سعيه الدائم نحو تحقيق مزيد من الربح ، سواء من حيث ابتداع سبل مواجهة الحاجات التى تنشأ فى حياة المجتمع او التى تطرأ على نشاطه أو من حيث ابتكار الفنون الانتاجية التى تسمح بتخفيض تكلفة نفقات انتاج السلع والخدمات او التى تعزز من المكانة التافسية لمبتكرها .

ولايشذ التأجير التمويلى عن هذه الحقيقة ، اذ نشأ تلبية لحاجة محددة الى تمويل استثمارات المشروعات الانتاجية (١) وهو بالتالى قد ظهر على الساحة الاجتماعية بوصفه نشاطا اقتصاديا مستحدثا لرأس المال . وعندما واجهته القواعد القانونية فى فرنسا فقد واجهته بوصفه نشاطا اقتصاديا فى حاجة الى التنظيم من الوجهة القانونية (٢) .

٥ - ومؤدى ذلك أنه لكى نتعرف على ابعاد التأجير التمويلى بوصفه ظاهرة قانونية يتعين علينا تحديد مفهومه القانونى من جانب واستعراض الاطار التنظيمى له بوصفه نشاطا اقتصاديا من جانب آخر .

الفصل الاول

المفهوم القانوني للتأجير التمويلي

٦ - ان التعرف على الابعاد التنظيمية لنشاط اقتصادى مستحدث والوقوف على الاشكاليات المطروحة عند محاولة تنظيمه يقتضى تحديد ماهية هذا النشاط

---

(١) CHAMBRE NATIONALE DES CONSEILLERS FINANCIERS (CNCF): Le leasing nouvelle farmule d' équipement, 1° édition , avril 1965,SEF,P.2. BAUDE DE BUNNETAT : le crédit - bail comme substitut au fonds propres, Mémoire DESS, Analyse et Gestion financière de l' entreprise, Paris I, octobre 1980,p.8 .

(٢) انظر فى هذا المعنى: DAMER : LEASING IN EUROPE, the banker, No. 615, May 1977, P 127 .

ولوبصفة مبدئية . وتزداد اهمية هذا التحديد فى الفرض الذى يكون فيه النشاط وليد تربة اجنبية عن تلك التى يراد تنظيمه فيها . ذلك ان تفاعل هذا النشاط ذى الاصل الاجنبى مع النظام الاقتصادى الذى يندمج فيه فضلا عن تفاعله بوصفه ظاهرة قانونية مع النظام القانونى الذى يبغى تنظيمه من المحددات الجوهرية لاشكاليات التنظيم القانونى للنشاط محل الدارسة .

٧ - وعلى ضوء ذلك يتعين لتحديد المفهوم القانونى للتأجير التمويلى الوقوف على عوامل نشأته اولا ثم استعراض صوره المختلفة كما يشهدها العمل فى فرنسا ، ومنها يمكننا استخلاص الخصائص الجوهرية للتأجير التمويلى بوصفه ظاهرة قانونية .

المبحث الاول

نشأة التأجير التمويلى وانتشاره عالميا

٨ - اذا توقفنا عند الآلية القانونية التى يتحقق بها التمويل فى ظاهرة التأجير التمويلى وهى ايجار المعدات الانتاجية او العقارات المخصصة لاغراض مهنية ، فقد يدفعنا ذلك الى القول بان نشأة التأجير التمويلى ترجع الى العصور القديمة [١] او ان التأجير التمويلى العقارى اسبق فى الوجود من التأجير التمويلى للمنقولات [٢] ، وذلك على اعتبار انه صورة محضة لايجار ادوات العمل والمبانى المستخدمة فى مزاولة

---

(١) وقد اتجهت بعض الآراء الى القول بأن التأجير التمويلى ظهر فى مصر الفرعونية فى عهد الملك مينا موحد القطرين ، كما عرفه بلاد ما بين النهرين فى عهد الملك حمورابى :
BEY : De le symbiotique dans les leasing et crédit - bail mobiliers, Dalloz,Paris, 1970, P.3. PRINCE AGBODJAN : l'entreprise et la décision de crédit - bail (leasing).Une étude dans les Etats de l'Union Monétaire Ouest Africaine, Thése 3° cycle, Sciences de Gestion, Orléans ,1986,P.6.

(٢) من هذا الرأى : GIOVANOLI :le crédit - bail (leasing) en Europe : Développement et nature juridique,Librairies Techniques, Paris, 1980,P.76 No. 99 .

النشاط الانتاجى .

ولكن بالوقوف على الطبيعة التمويلية لظاهرة التأجير التمويلى فقد ذهب الرأى الراجح الى ان هذا النشاط ولد بالولايات المتحددة الامريكية فى بداية الخمسينات من القرن العشرين [1] .

ونعرض لميلاد التأجير التمويلى فى هذه الدولة ثم نبين مدى انتشاره بعد ذلك فى غيرها من الدول مع الاشارة الخاصة الى ادخال هذا النشاط فى فرنسا .

المطلب الاول

ميلاد التأجير التمويلى فى الولايات المتحدة الامريكية

٩ - كثير ما تولد الصدفة او الظروف غير الاعتيادية اهم الفكر وابلغ النظم . وميلاد التأجير التمويلى لخير دليل على ذلك .

فقد ولدت فكرة التأجير التمويلى فى صورتها الاصلية المعروفة باصطلاح Leasing. فى الولايات المتحدة لدى احد رجال الصناعة الامريكية D. P. BOOTHE junior وكان السيد بوث يملك مصنعا صغير الحجم لإنتاج بعض المواد الغذائية المحفوظة . واثناء حرب كوريا عام ١٩٥٠ تقدمت القوات المسلحة الامريكية الى السيد بوث بطلب توريد كميات ضخمة من الاغذاية المحفوظة تفوق القدرة الانتاجية الاعتيادية لمصنعه . وحار بوث بين نار تفويت هذه الصفقة المغرية لما تتوعده من تحقيق ارباح طائلة وبين عجزه عن تلبيتها ، فلم يكن بوث يملك المعدات اللازمة لمواجهة الصفقة المعروضة عليه كما لم يكن تتوافر لديه الاموال اللازمة لشرائها . وفضلا عن ذلك فطن بوث الى الطابع الاستثنائى لهذه الصفقة ، وحتى بفرض تمكنه من شراء

---

(١) CAPORALE : Litiges et difficultés pratiques suscités par le crédit - bail, Thése Droit , Bordeaux,1974, P.2. CALAIS - AULOY: Crédit - bail (leasing) , Encyclopédie Dalloz Commercial, II,1981,No5 .

المعدات اللازمة لمواجهتها هلع لمجرد التفكير عن مصيره اذا عاد نشاطه الى حدوده الضيقة الاولى وعجز عن سداد ثمن هذه المعدات او رد القرض الذى حصل عليه لاجل شرائها ، خاصة مع ادراكه للصعوبات البالغة التى سوف يواجهها اذا ما حاول بيع المعدات التى تم شراؤها من اجل تلبية طلب القوات المسلحة . ومن فرط رغبة بوث فى تلبية الصفقة المعروضة عليه هداه فكره الى استئجار المعدات اللازمة لانتاج المواد الغذائية المطلوبة بدلا من شرائها . وعكف على دراسة امكانية وجدوى الحصول على المعدات بهذه الكيفية .

وبالرغم من ان السيد بوث لم يعثر على مؤجر للمعدات المطلوبة وافلتت صفقة القوات المسلحة الامريكية من بين يديه ، الا انه اكتشف من خلال الحسابات التى عكف على دراستها ان احتراف تأجير المعدات الانتاجية للمشروعات الاقتصادية يمكن ان يكون مصدرا للارباح الطائلة . وحيث انها تفوق تلك التى يمكن لبوث تحقيقها من خلال انتاج المواد الغذائية المحفوظة اقنع مجموعة من اصدقائه بالفكرة التى اهتدى اليها وتم تأسيس اولى شركات التأجير التمويلى فى الولايات المتحدة عام ١٩٥٢ والتى عرفت تحت اسم United States Leasing Corporation [١] .

١٠ - وفى اعقاب تأسيس هذه الشركة سرعان مازاد الطلب على ايجار المعدات الانتاجية وتعاظمت ارباح هذه الشركة فى فترة زمنية وجيزة ، ومالبث ان تأسست شركات تأجير تمويلى اخرى حتى صار التأجير التمويلى من الظواهر المستقرة فى الاقتصاد الامريكى .

١١ - ويمكن رد سر نجاح التأجير التمويلى وذيوعه فى الولايات المتحدة الامريكية الى اربعة اسباب رئيسية : [٢]

---

(١) CROIZAT : le crédit - bail (ou leasimg), Thée Droit, Lyon, Editons A.G.E.L., 1966, P.7.

(٢) حول هذه الاسباب بوجه عام انظر : GAUDRION: Etude comparée du crédit - bail (leasing) : CEE, Grande - Bretagne, Etats - Unis , Thése Sciences Economiques, Paris - I, 1971, P.3 . OUERDRAOGO : le crédit - bail immobilier, Thése 3° cycle , Droit des affaires, Toulouse I,1980, P.4. MERA : le leasing en France : Son développe- =

الاول : هو ضيق اسواق الائتمان متوسط الاجل وعدم انتظامها .

الثاني : هو التضييق من مزايا الإهلاك الضريبي للمعدات الانتاجية .

الثالث : هو ازدهار الاقتصاد الامريكي وتحقيق المشروعات لمعدلات ربحية مرتفعـــة .

الرابع : هو ضرورة الاحلال المستمر للمعدات الانتاجية بفعل التطور التقني المطرد .

وعلى ذلك كانت المشروعات الامريكية مضطرة فى اغلب الاحوال الى تمويل استثماراتها متوسطة الاجل عن طريق اموالها الذاتية نظرا لضيق اسواق الائتمان متوسط الاجل وعدم انتظامها . ومن المقرر ان تكلفة التمويل بواسطة الاموال الذاتية اعلى من تكلفة التمويل بواسطة اموال خارجية عن المشروع نظرا لخصم مقابل الائتمان اى الفائدة من الوعاء الضريبي . ومما زاد الامر صعوبة ان النظم الضريبية الامريكية لا تمنح مزايا ذات قيمة عن تخصيص مقابل اهلاك المعدات الانتاجية اذ لاتسمح بخصم مقابل الاهلاك من الوعاء الضريبي الا فى اضيق الحدود وبشروط قاسيـــة .

فلا غرابة اذن ان يصير استئجار المعدات من الغير بديلا مجزيا لتملك الاصول الانتاجية حيث من المقرر ان يكون للمستأجر حق خصم كامل الاجرة من وعائه الضريبي باعتبارها من نفقات الاستغلال [١] .

= ment, ses problèmes, ,ses perspectives, RTD Com., 1966,p51.CAPIEZ : Aspects économiques et financiers du crédit - bail, Thése, Sciences Eco -nomiques,Rennes, 1972, P.4. PROMPT et REBOUL : Le leasing ou crédit - bail Revue de juris-prud ence commerciale, Doctrine , 1966, 1° partie, P. 359 . CNCf, op. cit ., P.9. COILLOT: Initiation au leasing ou crédit - bail, Paris, 1969, P. 11.

(١) وجدير الاشارة فى هذا الصدد ان احد الكتاب الفرنسيين ذهب الى ان خصم معدل الاهلاك هو جوهر التأجير التمويلي حيث تتمثل الخدمة الاساسية التى تقدمها شركة التأجيرالتمويلي فى، تمويل=

اما ازدهار الاقتصاد الامريكي وتحقيق المشروعات لمعدلات ربحية عالية فيشير الى مدى ارتباط ظهور وانتشار التأجير التمويلي بالرخاء الاقتصادى الذى كانت تشهده الولايات المتحدة الامريكية فى هذا الوقت . ذلك ان تحقيق المعدلات الربحية العالية يسمح بظهور عنصر اقتصادى جديد يستقطع جزءا من فائض القيمة المتحقق مقابل اداء خدمة محددة الى المشروع ، تتمثل فى حالة التأجير التمويلى فى خدمة ائتمانية لا تؤثر تكلفتها كثيرا فى نمو وازدهار المشروعات التى تلجأ اليها [١] .

اما ضرورات الاحلال التقنى فتدل على مدى ارتباط ذيوع التأجير التمويلى فى الولايات المتحدة بالتقدم التقنى فى مجال انتاج المعدات الانتاجية ، اذ تفرض ضرورات المحافظة على القدرة التنافسية للمشروعات استخدام احدث الفنون الانتاجية. ومع زيادة معدلات التقدم التقنى تظهر اهمية الاستعمال المؤقت للمعدات الانتاجية فى المشروعات [٢] . ولاشك فى ان معدلات التقدم التقنى تعجل من الاضمحلال

=اهلاك معدة انتاجية من الوجهة الضريبية ،: MASSIN :le leasing dénommé " crédit - bail ", Revue de jurisprudence commerciale, Doctrine, 1966, P.38 .

وسوف نعود الى طرح هذه الفكرة بصدد الحديث عن الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى .

(١) ومن هنا اتت فكرة الربط بين عوائد المال الذى تموله شركة التأجير التمويلى واقساط الاجرة التى بدفعها المستفيد . ومن ابرز الشعارات الدعائية لشركات التأجير التمويلى امكانية الوفاء بثمن المعدة من عوائدها . وهذا ما يردده ايضا العديد من الكتاب الفرنسيين ، انظر :

PACE : Pratique et technique financiére du crédit - bail (leasing), Collection ce qu'il vous faut savoir, Paris, 1° édition 1974, p. D 11. P.D11. BEY et GAVALDA : le crédit - bail mobilier, Collection que sais -je, PUF,Paris, 1° édition 1981,P.12. LE ROUYER DE LA FOSSE : Contribution à l'étude du financement des entreprises : le crédit - bail immolilier, Thèse Sciences Economiques,Bordeaux - I,1970, P. 118.

(٢) CREMIEUX - ISRAEL: Leasing et crédit - bail mobiliers, Dalloz, Paris,1975, P.1 .CAPORALE, op.cit, P.8. COILLOT : la loi du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit - bail, JCP 1966 CI 79329 .

الاقتصادى للمعدات الانتاجية ، وذلك بالرغم من قدرتها على الانتاج ليس فقط من الزاوية الفنية وانما من الزاوية الاقتصادية، او بعبارة اخرى قدرة المشروعات على استغلالها على نحو مربح [١]. وازاء ذلك يصبح التأجير التمويلى سبيل حصول المشروعات على معدات يمكن تشغيلها دون ان تضطر الى اقتنائها فتتفادى بالتالى حظر اضمحلالها الاقتصادى بعد فترة وجيزة من شرائها [٢].

---

(١) ونقصد بالاضمحلال الاقتصادى صيرورة المعدة الانتاجية متخلفة تقنيا بسبب ظهور معدات اكثر تطورا من الوجهة التقنيه مما يجعل الاستمرار فى استخدام هذه المعدة حائلا دون امكانية منافسة المشروعات الاخرى بفرض استخدامها للمعدات الاكثر تطورا ، انظر فى ذلك :

LEQUIN : Crédit - bail immobilier et financement de l' entreprise.Collection de l' Institut d' Etudes Commerciales de Grenoble, P.U. De Grenoble, 1976, P.9 et s .

(٢) هذا ويشير العديد من الباحثين الى اهمية التأجير التمويلى باعتباره وسيلة لتأمين المشروعات الاقتصادية ضد مخاطر الاضمحلال الاقتصادى للمعدات الانتاجية :

PACE : Pratique . . ., op. cit ., p. K10. ELKRIMI : le rôle des engagements hors bilan dans l' analyse financière, Mémoire DEA Sciences de Gestion, Bordeaux - I,1983,P.29.GAUDRION,op.Cit, P. 193. BALME: le contrat de crédit - bail immobilier, JCP 1976 NI 2822,NO. 4. OHL : le contrat de lease - back , Mémoire DES Droit privé , Montpellier , 1975,P.24.N'DIZI : La place du crédit - bail dans le financement des entreprises en France (1969 - 1980), Thèse 3° cycle. Economie de la Production, Toulouse - I, 1984, P. 221. CAPIEZ, Op . Cit., P. 101. COILLOT : le crédit - bail immobilier au service de l'expansion, JCP1968 CI 84126 .
MATHELY et CHARRIERE : Le crédit - bail immobilier , Revue Banque, no 275, Juin 1969, p. 446. PFEIFFER: Le leasing en France, Economie et Humanisme , mai - juin 1966, no 167,P.24 . GAVALDA: Crédit - bail mobilier, Jurisclasseur Banque et Crédit, 1979, I, Fasc. 58 E1, 1° cahier, No. 18.CONSO: Le crédit - bail : le point de vue de l'entreprise, Analyse Financiere, 4° trimestre 1977, P.16. BOUDINOT et FRABOT: Technique et pratique bancaires , SIREY, 3° édition 1974,P.248 No. 269 .=

١٢ - وبقدر ما استطاع رأس المال الامريكى ابتداع التأجير التمويلى تنوعت صوره وتفرعت صياغاته لكى تواجه حاجات متنوعة الى تمويل استثمارات المشروعات الاقتصادية . واذا كان التأجير التمويلى لا يقتصر فى الولايات المتحدة على تمويل الاستثمارات الانتاجية وانما هو وسيلة ائتمان ايضا للحصول على المواد الاستهلاكية ، الا اننا تقصر الحديث على التأجير التمويلى الاستثمارى إن جاز التعبير ونعرض سريعا لمختلف صوره :

١ - **التأجير التمويلى التمليكى** Financial Lease : هو عقد بموجبه تكتسب شركة التأجير التمويلى ملكية الاصل الانتاجي وتقوم بتأجيره الى المستفيد، وفيه يتعهد المستفيد بأداء دفعات نقدية يزيد مجموعها على ثمن شراء الاصل ، وذلك طوال مدة استعماله الاصل والتى يتفق الطرفان على عدم قابليتها للالغاء . ويتم تحديد مدة العقد على اساس العمر الاقتصادى للاصل . ويتحدد مقدار الاجرة على نحو يسمح لشركة التأجير التمويلى باسترداد ما اوفاه على سبيل ثمن شراء الاصل بالإضافة الى الفائدة ، جزاء رؤوس الاموال المستثمرة . ويكون للمستفيد فى نهاية مدة الاتفاق خيار تملك الاصل [١] .

٢ - **التأجير التمويلى متعدد الاطراف** Leveraged Lease : وهو صورة

= ولكن نرى ضرورة التحفظ بشأن هذه الميزة التى يقررها الباحثون للتأجير التمويلى لأن الغرض الحمائى من مخاطر الاضمحلال الاقتصادى للمعدات الانتاجية يمكن تحقيقه من خلال استئجار المعدات فى صورة الايجار التقليدى مما يتحقق معه التخفيف من الأعباء المالية ومزيد من الحماية لإلتزام المؤجر بالصيانة وضمانه للعيوب الخفية . خاصة اذا ما لاحظنا انه فى خارج الولايات المتحدة نادرا ما يعول المستفيد على تلك الميزة عندما يلجأ الى التأجير التمويلى :

LE ROUYER DE LA FOSSE,op . cit ., P.173 . ROLIN :le leasing nouvelle technique de Financement . Comment s'équiper sans in vestir, Marabout Service, Verviers (Belgique), 1970, P. 47.

(١) DOSSE :le leasing (crédit - bail) Aux Etats - Unis , Revue Banque, 1976, Technique bancaire, P. 296. GAUDRION, op . cit ., P. 290, Annexe NO. II. PACE: Pratique . . .,op.cit ., P. A 4.

خاصة للتأجير التمويلي التمليكي . ولكن تتميز هذه الصورة بحصول المؤجر على القدر الاكبر من رؤوس الاموال اللازمة لشراء الاصل عن طريق الاقتراض من الغير ، ويكون في الغالب بنكا او شركة تأمين او شركة استثمار او صندوق تأمينات ومعاشات. ويغطى القرض من ٦٠ ٪ الى ٨٠٪ من ثمن الاصل . ويحصل المقرض على رهن ذى مرتبة اولى على الاصل الذى يتم تمويل شرائه ، وهو رهن غير حيازى بطبيعة الحال ، وغالبا ما ترد هذه العمليات على اصول ذات قيمة مرتفعة كالسفن والطائرات .

ويتدخل عدة اشخاص لانجاز عملية التأجير التمويلي ، ويأتى على رأسهم مدير الدين Identure trustee ومدير الملكية owner trustee . ومدير الدين هو الشخص الذى يرتهن الاصل لمصلحة المقرضين ، ويقوم بتحصيل الاجرة من المستفيد فيسلم ما يخص المقرضين من الفوائد على ان يسلم ما تبقى من الاجرة لمدير الملكية بعد استقطاع ما يكون مقررا له على سبيل العمولة او الاجر . اما مدير الملكية فهو الذى يتولى ادارة الاصل لمصلحة مالكه ، فيقوم بتأجيره الى المستفيد ويرهنه لمدير الدين فضلا عن اصداره سندات المديونية التى تشغل ذمة مالك الاصل تجاه المقرضين . وعندما يتلقى مدير الملكية ما تبقى من الاجرة من مدير الدين بعد اداء الفوائد المقررة للمقرضين ، يقوم مدير الملكية بتوريدها الى مالك الاصل بعد خصم جميع المصروفات التى يتكبدها المدير فضلا عما يكون مقررا له على سبيل العمولة او الاجر[١] .

وجدير بالاشارة الى ان التأجير التمويلي متعدد الاطراف هو اكثر صور التأجير التمويلي تعبيرا عن حقيقته . ذلك أنه يبرز بوضوح عنصر التمويل ودور الملكية فى توفير الضمان كمقابل الحصول على الائتمان وعنصر استعمال المستفيد للاصل واخيرا مكونات الاجرة التى يجب ان تغطى النفقات المالية والنفقات العامة وثمن شراء الاصل وهامش ربح المؤجر . وهذه العناصر تجتمع ايضا فى التأجير التمويلي التمليكي

(١) DOSSE,Op.Cit ., p. 296. COSTON : Le leasing dans les relations internationales, Mémoire Dess, Techniques de l' Exportation, Paris II,1978,P.37 .

الا انـهـا لا تـكون ظاهرة لقصر علاقـة التمويل على شـركـة التأجير التمويلى والمستـفيد .

٣ - **التأجير التشغيلى Operating lease** : فى هذه الصـورة التى تصنف فى الولايات المتحدة ضمن عمليات التأجير التمويلى Leasing تبتعد العلاقة التعاقدية عن تمكين المستفيد من تملك الاصل فى نهاية مدة الاتفاق . فالتأجير التشغيلى هو عقد ايجار يبرم عادة لمدة قصيرة تكون قابلة للالغاء . و فيه تتحمل الشركة المؤجرة اعباء ملكية الاصل اذ تتولى صيانته فضلا عن تقديم بعض الخدمات الاضافية الى المستفيد . وفى هذه الصورة لا تتحدد مدة الايجار على ضوء العمر الاقتصادى للأصل مطلقا كما لا تسمح الاجرة المقررة باسترداد ثمن شرائه ، وهذا ا ما يسمى Non pay - out lease ولكن يؤخذ فى الاعتبار عند تحديد الاجرة اعباء الصيانة التى يتحملها المؤجر والميزة المقررة للمستفيد من تفادى مخاطر الاضمحلال الاقتصادى للأصل[١] .

٤ - **التأجير التمويلى بضمان الاصل Service and maintenance lease** : لا تختلف هذه الصورة من صور التأجير التمويلى عن التأجير التشغيلى الا فيما يتعلق بنطاق التزامات المؤجر ، اذا يتعهد فى هذه الصورة على خلاف الصورة السابقة بالتأمين على الاصل المؤجر . وتختلف العقود فيما بينها فى مدى تحميل المستفيد اقساط التأمين ، ولكن فى كل الاحوال يتم تخصيص مبلغ التعويض الذى تدفعه شركة التأمين فى حالة هلاك الاصل من اجل تأجير اصل بديل الى المستفيد[٢] .

٥ - **التأجير التمويلى البدلى Leasing revolving**: تعد هذه الصورة ايضا نموذجا للتأجير التشغيلى ، ولكنها تختلف عنه فى ان العقد يخول

---

(١) DOSSE,op, cit ., P. 296. GAUDRION , op. cit .,P.290. PACE:_ Pratique . . ., op. cit ., P. A5. BEY et GAVALDA : le crédit - bail mobilier , op .cit ., P.113 .

(٢) CROIZAT, op . cit , P,22.

المستفيد طلب استبدال اصل جديد بالاصل المؤجر وذلك خلال مدة الايجار[1] .ويبين من ذلك ان المستفيد لا يكون مرغما على انتظار انقضاء مدة الايجار لطلب استبدال الاصل وانما يحق له ذلك خلال مدة الايجار . ولا شك ان هذه الصورة للتأجير التمويلى هى اكثر الصور التى تسمح للمشروعات بتحقيق احلال سريع لاصولها الانتاجية ، لذلك يكون مقابل تفادى الاضمحلال الاقتصادى للاصل والذى تتضمنه الأجرة اكثر ارتفاعا فى التأجير التمويلى البدلى عنه فى التأجير التشغيلى .

٦ - التأجير التمويلى مع الاشتراك فى ناتج بيع الاصل Open end lease :

ترد هذه الصورة الخاصة للتأجير التمويلى على السيارات ، وهى ظاهرة مقصورة على الولايات المتحدة اذا لم ينتقل عدواها الى غيرها من الدول على خلاف الصور السابقة التى انتشرت بنسب متفاوتة فى دول اخرى. وغالبا ما ترد هذه الصورة على السيارات الخاصة اى تلك المخصصة للاغراض خاصة للافراد ، وان كان يتم اللجوء اليها ايضا لتمويل الحصول على العربات المخصصة لنقل البضائع أو لنقل الاشخاص .

وتأجير السيارات مع الاشتراك فى ناتج بيعها هو فى الاصل تأجير تمويلى ، لكنه يسمح للمستفيد بفسخ العقد بعد مضى سنة من تاريخ ابرامه . ويتعين على المؤجر بيع السيارة بعد استردادها ، ويجب ان يبذل الهمة فى سبيل بيعها . فإذا باع المؤجر السيارة اشترك المستفيد فى نتاج البيع بنسبة يحددها الاتفاق .

ويلاحظ ان بعض العقود وان كانت تسمح للمستفيد بفسخ العقد بعد مضى سنة من تاريخ ابرامه الا انها لاتسمح باشتراكه فى ناتج بيع السيارة . ويعرف العقد حينئذ تحت مسمى Close end lease . ولا شك ان كيفية تحديد الاجرة تختلف بين ما اذا كان يحق للمستفيد الاشتراك فى ناتج بيع السيارة او لم تكن هذه الميزة مقررة له[2] .

---

(١) GAUDRION, op . cit ., p. 291.

(٢) CROIZAT, op. cit ., p. 2 .

١٣ - تلك هى صور التأجير التمويلى كما يشهدها العمل فى الولايات المتحدة الامريكية . وهى ولا شك تعبير عن القدارت الابداعية لرأس المال الذى يخلق الفنون التعاقدية ويطوعها لكى تلبى اكثر من حاجة للمشروعات الانتاجية. الا ان اهم ما يمكن الافادة به من هذا العرض الموجز للتأجير التمويلى فى الولايات المتحددة هو ارتباط ظهوره وذيوعه بالرخاء النسبى الذى يشهده الاقتصاد الامريكى.

وعلينا الآن الاشارة إلى مدى انتشار التأجير التمويلى خارج الولايات المتحدة وما هى الصورة الاكثر ذيوعا من بين صوره العديدة التى يشهدها العمل الامريكى . وذلك حتى يتسنى لنا الوقوف على مدى وجوب توافر رخاء نسبى للاقتصاد الذى يتلقى التأجير التمويلى ام على العكس يمكن رد نجاحه وانتشاره الى عوامل اخرى .

المطلب الثانى

انتشار التأجير التمويلى عالميا

١٤ - فى اعقاب الحرب العالمية الثانية زادت استثمارات رأس المال الامريكى فى الدول الاوروبية . ولذلك فمن الطبيعى ان اول خروج لظاهرة التأجير التمويلى من الولايات المتحدة كان بعبور المحيط الاطلنطى الى القارة الاوروبية. وقد عرفت هذه القارة التأجير التمويلى فى بداية الستينات من القرن العشرين [١]، واولى الدول الاوروبية التى شاهدت مزاولة هذا النشاط فيها كانت بريطانيا وذلك بفعل انشاء فروع لشركات التأجير التمويلى الامريكية Leasing Companies [٢].

---

(١) CALAIS - AULOY, Op. Cit ., No 6.

(٢) GAUDRION, Op. Cit ., P.139.فعلى سبيل المثال اسست الشركة الامريكية الرائدة United States Leasing Corporationشركة وليدة عنها فى انجلترا هى شركة Mer-cantile Credit Company التى استمرت فى مزاولة نشاطها حتى بعد انقضاء الشركة الام .

ثم ما لبث ان استشرت عدوى التأجير التمويلى فى العديد من الدول الاوروبية مثل بلجيكا والمانيا (الغربية آنذاك) وهولاندة وفرنسا وايطاليا واسبانيا ثم اللوكسمبورج والنرويج والدنمارك فى مرحلة لاحقة .[1]

ومن خلال نشاط رأس المال الامريكى ايضا وتدويل نشاط شركات التأجير التمويلى الامريكية بدأت دول العالم الثالث فى اكتشاف التأجير التمويلى[2]. وقد ساعد على ذلك ظهور التأجير التمويلى التصديرى والذى بموجبه تم تمويل تصدير منشآت صناعية بأكملها الى الدول النامية وبصفة خاصة تلك الخاضعة للنفوذ الامريكى[3]. ومع اكتشاف ظاهرة التأجير التمويلى تأسس العديد من الشركات فى عدد من الدول النامية لمزاولة هذا النشاط كما فى كوريا الجنوبية وماليزيا واندونيسيا والفلبين وتايلاند[4]. وفى عام ١٩٧٦ بلغ عدد الشركات التى تأسست فى هونغ كونغ لمزاولة التأجير التمويلى احدى وعشرين شركة ، بينما بلغ عدد هذه الشركات فى سنغافورة ثلاث عشرة شركة[5]

---

(١) BEY :DE la symbiotique . . . , op . cit ., P.6.

(٢) فى نهاية الخمسينات مولت الشركة الامريكية American Industrial Leasing عملية بناء بريمة لضخ الغاز الطبيعى واستخراجه من منطقة Campo Duran بالارجنتين ، وذلك على اثر طرح الشركة الوطنية الارجنتينية للغاز Gas del Estado لمناقصة دعت اليها مؤسسات التمويل المختلفة ورست على الشركة الامريكية المذكورة . وتعهدت الحكومة الامريكية بتحمل جميع المخاطر السياسية التى كان من المحتمل ان يواجهها المشروع بينما تحملت مجموعة من البنوك جميع المخاطر المالية الناجمة عن العملية . كذلك تم تأجير مصنع للغزل قيمته عشرون مليون دولار امريكى لدولة باكســـتــــان فى ظروف مماثلة . انظر فى ذلك GAUDRION,Op .Cit ., P.258,259

(٣) كالمكسيك وفنزويلا على سبيل المثال . راجع : GAUDRION,Op .Cit., P . 258

(٤) BEY et GAVAL DA :le crédit - bail mobilier, Op ,Cit .,P.10.

(٥) BEYet GAVALDA, Op .Cit ., P.9 .وجدير بالاشارة الى ان جميع الدول التى نشير إليها بصدد انتشار التأجير التمويلى فيها هى من الدول ذات الاقتصاد الرأسمالى سواء كان اقتصادا متقدما أو ناميا ، ولكن البعض يرى ان التأجير التمويلى لا يتنافى وطبيعة المشروعات الاشتراكية على اعتبار انها باللجؤ الى التأجير التمويلى لا تمتلك الاصول المؤجرة وبالتالى لا تشهد صورة الملكية الخاصة للاصول الانتاجية . انظر فى ذلك :
LITALIEN : Socialisme par le leasing ?le Monde, libres opinions,9 mars 1973, p. 37.

١٥ – واذا كان الفضل الاول فى انتشار التأجير التمويلى عالميا يرجع الى رأس المال الامريكى بوصفه خالق هذه الظاهرة المستحدثة ، فقد استطاع رأس المال الفرنسى نقل التأجير التمويلى فى صورته المعروفة فى فرنسا الى العديد من الدول النامية التى تدور فى فلك الاقتصاد الفرنسى واهمها دول المغرب العربى ودول غرب افريقيا الناطقة (رسميا بالطبع) باللغة الفرنسية . ويضاف الى ذلك ما للتجربة الفرنسية فى مجال التأجير التمويلى من اهمية من وجهة التنظيم التشريعى لهذا النشاط، ذلك ان للقانون الفرنسى بوصفه رائد القوانين اللاتينية تأثيرا بالغا على هذه القوانين، ليس فقط من حيث استلهام احكامه من قبل مشرعى الدول ذات القوانين اللاتينية ، وانما ايضا من حيث طرق التفسير ومنهج البحث فى ظل هذه القوانين [١] .

١٦ – واولى شركات التأجير التمويلى التى تم تأسيسها فى فرنسا هى شركة LOCAFRANCE . وقد سبق تأسيس هذه الشركة تجربة نشاط التأجير التمويلى فى فرنسا اذ انشأ بنك الهند الصينية فى عام ١٩٥٧ شركة لتجربة هذا النشاط ، وازاء نجاح التجربة ولدت شركة لوكافرانس عام ١٩٦٢ [٢] .

وعند البدء فى مزاولة التأجير التمويلى ازدهر فى مجال تأجير المنقولات [٣] . اما عن التأجير التمويلى العقارى فقد اعترض ازدهاره اول الامر بعض العوائق القانونية وبصفة خاصة من الوجهة الضريبية ، ولذلك تدخل المشرع الفرنسى لإزالة تلك العوائق مما ادى الى ازدهار التأجير التمويلى العقارى وانتشاره [٤] .

(١) انظر ذلك DAVID : les grands systèmes du droit contemporain, Précis Dalloz , 3° édition, 1969, Paris .

(٢) BEY : De la symbiotique ..., op . cit, P.7.

ويلاحظ ان الشركة المذكورة لا تعمل الا فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات ، وهى من الشركات المساهمة واسهمها مدرجة فى جدول بورصة الاوراق المالية . وتمتلك الشركة اجرة خاصة بالتأمين على المعدات التى تتولى تأجيرها .

(٣) MERA ,Op. Cit ., P.49. TROGAN et NICOLAS : Développement du crédit - bail, Economie et Statistique , avril 1970, P . 33.

(٤) ويشير احد الكتاب الى ان التأجير التمويلى للمنقولات والتأجير التمويلى العقارى شاهدا تطوراً مطردا فى فرنسا فى الفترة بين ١٩٦٩ و١٩٨٠ باستثناء عامى ١٩٧٤ و ١٩٧٥ اذ انكمش =

ويعرف التأجير التمويلى فى فرنسا بمصطلح Crédit - bail، وترجمته الحرفية الائتمان الايجارى .وهو مصطلح اكثر انضباطا فى تقديرنا من مصطلح التأجير التمويلى الذى تبناه مشروع القانون المصرى الذى تولت الهيئة العامة لسوق المال اعداده .

واول تنظيم تشريعى للتأجير التمويلى فى فرنسا كان بموجب القانون رقم ٦٦ - ٤٥٥ بتاريخ ٢ يوليو ١٩٦٦[١]، اى بعد اربع سنوات من تأسيس لوكافرانس . وفي هذا القانون تبنى المشروع الفرنسى اصطلاح Crédit - bail الذى استقر العمل به فى فرنسا . ونظرا للصعوبات التى اثارها تطبيق هذا القانون تم تعديله واضافة بعض الاحكام اليه بموجب اللائحة التنظيمية (ordonnance) رقم ٦٧ - ٨٣٧ بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ [٢] .

كذلك تم تعديل قانون ١٩٦٦ بموجب القانون رقم ٨٤ - ١٤٨ بتاريخ اول مارس ١٩٨٤ [٣]. اما اشهار عقود التأجير التمويلى فقد تم تنظيمه بموجب اللائحة التنفيذية (Décret) رقم ٧٢ - ٦٦٥ بتاريخ ٤ يوليو ١٩٧٢[٤] .

وجدير بالاشارة الى ان نطاق تطبيق قانون ١٩٦٦ كان مقصورا على العمليات الواردة على معدات انتاجيه ، وهى من المنقولات المادية ، وعلى العقارات المخصصة

=حجم عمليات التأجير التمويلى خلالهما بسبب الازمة النفطية التى شاهدتها اوروبا الغربية فى اعقاب استخدام سلاح البترول فى حرب اكتوبر عام ١٩٧٣ : . N'DIZI ,Op. Cit., P.202 et s
وانظر كذلك T ROGAN : le crédit - bail en 1974, Economie et Statistique, no 72 , novembre 1975, P.65 .

(١) Journal officiel,3/7/66,P .5652, Dalloz Sirey , 1966, Législation 305.

(٢) Journal officiel,29/9/66, P. 9595, Dalloz Sirey, 1967, Législation 378 .

(٣) Journal officiel,2/3/1984, P .7 51, Dalloz Sirey , 1984 , Législation 222.

(٤) Journal officiel,4/7/1972, P .7 457, Dalloz Sirey , 1972 , Législa-tion 415 .

لاغراض امتهانية [(١)] . وقد صدر قانونان حديثان نسبيا يوسعان من نطاق تطبيق قانون ١٩٦٦ :

الاول : هو القانون رقم ٨٦ - ١٢ بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٦ [(٢)] ، وبموجبه اصبحت عمليات التأجير التأجيرى الواردة على المحال التجارية والمحال الحرفية خاضعة لاحكام قانون ١٩٦٦ .

الثانى : هو القانون رقم ٨٩ - ١٠٠٨ بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ [(٣)] ، وبموجب مادتيه الثانية والثالثة تخضع عمليات التأجير التمويلى الواردة على عناصر المحال التجارية او الحرفية المعنوية لاحكام قانون ١٩٦٦ .

١٧ - ويرى اغلب الشراح فى فرنسا ان سر نجاح ادخال وانتشار التأجير التمويلى فى فرنسا انما يرجع الى عجز جانب كبير من المشروعات الاقتصادية الفرنسية عن تمويل استثماراتها بواسطة اموالها الذاتية ، خاصة اذا ما ثارت الحاجة الى التوسع للحفاظ على المكانة التنافسية لهذه المشروعات [(٤)] .

ذلك انه يترتب على العجز النسبى عن تمويل الاستثمارات ذاتيا بلوغ المشروعات الفرنسية حد التشبع الإئتمانى سريعاً [(٥)]، وهو الحد الذى ترفض عنده

---

(١) سوف نعود تفصيلا للاموال التى يرد عليها عقد التأجير التمويلى عند الحديث عن التعريف التشريعى فى فرنسا لمختلف صور التأجير التمويلى فيها .

(٢) Journal officiel,7/1/1986, P.329, Dalloz Sirey , 1986, Législation 164 .

(٣) Journal officiel, 2/1/1990, JCP III 63449.

(٤) BARBE : Risque et rentabilité des entreprises de crédit - bail immobilier, Thése Sciences de gestion, Caen, 1979, P.13 . LUC : Le crédit -bail (leasing) en France,journal Le Monde, 5 - 6 mars 1967,P18. PACE : Pratique ..., Op .Cit., P.A10. LE ROUYER DE LA FOSSE, op.cit., p.40. BENDER : Le financement par la location : analyse quantitative de la location financiére, Thèse, Genève,Editions Médecine et Hygiéne , 1973, P.6 et 7.

(٥) حول مشاكل التمويل لدى المشروعات الاقتصادية الفرنسية وصعوبة حصولها على سبل =

البنوك أو مؤسسات التمويل منح مزيد من الائتمان الى المشروع لعجزه المحتمل عن مواجهة الاعباء المالية الناتجة عن التمويل . والواقع انه لم يكن متاحا للمشروعات الفرنسية من سبل التمويل سوى الإئتمان متوسط الاجل الذى يمكن اعادة خصمه لدى المؤسسة الفرنسية القومية للائتمان (C N F) Crédit National Français [1] .

أضف الى ذلك ان سبل التمويل التقليدية لاتغطى كامل قيمة الاستثمار وانما نسبة منها تتراوح بين ٦٠ ٪ و٧٠ ٪ من هذه القيمة [2] ، مع ضرورة تقديم تأمين عينى تشترط البنوك غالبا وروده على عقار مما يمثل عائقا للمشروعات وخاصة المشروعات صغيرة أو متوسطة الحجم فى الحصول على التمويل المصرفى .

ومن جانب آخر لم يكن الحصول على الائتمان من قبل بائعى المعدات الانتاجية فى صورة شرائها بالتقسيط بديلا وافيا [3] . فمن جهة اولى لم يكن البيع بالتقسيط ظاهرة تعم جميع المعدات الانتاجية ، ومن جهة ثانية كان يتعين على المشترى الوفاء بجزء كبير من ثمن المعدة على سبيل المقدم ، كما ان البائعين عادة ما يشترطون ارتهان المبيع او الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان [4] .

=التمويل المصرفية التقليدية انظر :
BENDER, op .cit., p.6 et.s. PACE: Pratique .., Op.Cit, P.A 10 et s.

(١)وجدير بالاشارة فى هذا الصدد انه فى عام ١٩٨٤ حلت لجنة المؤسسات الإئتمانية Comité des Etablissements de Crédit محل المؤسسة القومية للإئتمان فى اختصاصاتها المالية والرقابية على المؤسسات المالية فى فرنسا . وتم ذلك بموجب القانون رقم ٨٤ - ٤٦ بتاريخ ٢٤يناير ١٩٨٤ .

(٢)ويستوى فى هذا الصدد ان يكون الاستثمار واردا على مال منقول او عقار ، كذلك يستوى ان يكون الائتمان متوسط او طويل الاجل . فهو حكم عام يسرى على جميع صور التمويل او بوجه عام الائتمان التى تمنحه البنوك والمؤسسات المالية للمشروعات الفرنسية . انظر:
LEQUIN,Op.Cit., P. 54. BRANDELA: le leasing (crédit - bail) Etude à travers quelques entreprises bordelaises, Mémoire, Bordeaux,1967,53.N'DIZI,Op.Cit.,P.92.CAPIEZ,Op.Cit., P.92.

(٣) PACE : Economie et technique financière du crédit - bail, Thèse Sciences Economiques , Paris I, 1975, P.164.

(٤) الواقع ان البيع بالتقسيط انتشر لمواجهة العجز النسبى للطلب على السلع الاستهلاكية المعمرة . فإذا كان دخل المستهلك الحاضر لا يسمح باقتناء احدى هذه السلع الا انه يمكن للتجارالمضاربة=

وعلى ضوء ما تقدم ظهر التأجير التمويلى كسبيل للتمويل يكون بديلا عن الائتمان المصرفى او ائتمان البائعين . فهو يسمح للمشروعات الفرنسية بتمويل احد استثماراتها الانتاجية عن طريق الانتفاع بآلة او معدة او عقار دون ان تضطر الى دفع اية مبالغ نقدية على سبيل المقدم ومهما كانت قيمة هذا المقدم ضئيلة [1]. فالائتمان الممنوح من قبل شركة التأجير التمويلى يغطى كامل قيمة الاستثمار . ويترتب على ذلك ان المشروع الذى يعجز عن تمويل الاستثمار بواسطة امواله الذاتية كما يعجز عن الحصول على التمويل المصرفى اللازم يمكنه تحقيق الاستثمار المنشود عن طريق

= على دخله المستقبل لتسويق بضائعهم . وفى اعقاب الحرب العالمية الثانية بدأ البيع بالتقسيط للمعدات الانتاجية فى الانتشار فى غرب اوربا . ولمواجهة هذه الظاهرة انشأ المشرع الفرنسى رهنا رسميا للمعدات الانتاجية وادوات العمل بموجب القانون رقم ٥١/٥٩١ بتايخ ١٨ يناير١٩٥١ . وكان ارتهان البائعين للمبيع طبقا لاحكام هذا القانون خيرا لهم من الاحتفاظ بملكية المبيع على سبيل الضمان نظرا لرفض القضاء الفرنسى جواز الاحتجاج بهذا الضمان فى مواجهة جماعة دائنى المشترى فى حالة افلاسه ، الى ان صدر القانون رقم ٨٠ - ٣٣٥ بتاريخ ١٢ مايو ١٩٨٠ الذى جعل الضمان نافذا فى مواجهة دائنى المشترى المفلس .

(١) ولا غرابة اذن فى ان يكون الشعار الدعائى الرئيسى لشركات التأجير التمويلى مرتكزا على تلك الميزة الجوهرية والتى كثيرا ما يبرزها الكتاب الفرنسيون . انظر :

BEY et GAVALDA : le crédit - bail mobilier, Op.Cit., P.11. BRANDELA, Op. Cit., P53. RODIERE et RIVES - LANGE : Droit bancaire, Précis Dalloz,4° édition 1986,P.411 No 329. CABRILLAC : Crédit - bail, Encyclopédie Dalloz Civil, III, 1982, No4. N'DIZI,op. cit, P249. BARBE, of cit, P.13.SOLAL : le crédit - bail mobilier, Actualité juridique et Propriété Immobilière, avril 1975, P.277.

الا ان بعض الكتاب يشيرون الى ما لهذه الميزة من اهمية نسبية ومحدودة :

GAVALDA, op. cit., No. 16. TRISTAN: Comparaison entre le financement classique et le crédit - bail, Analyse Financiére, 4° trimestre 1977, P.12 PACE : Les particularités du crédit - bail mobilier , Analyse Financiére,4° trimestre 1977,P.23. BUTTNER : Le leasing : caractéristiques , conditions d'emploi, son rôle de révélateur, Mémoire DES,Sciences Economiques,Paris I,1970, P.57.

التأجير التمويلى .

١٨ - وبناء عليه يرتبط لجوء المشروعات الفرنسية الى هذه الوسيلة المستحدثة من وسائل التأجير التمويلى بالصعوبات التى تواجهها فى سبيل تمويل استثماراتها والتى تعبر عن ازمتها المالية النسبية . ومما يزيد من صعوبة الامر ان هذه الازمة النسبية تندرج فى اطار اوضاع اقتصادية سائدة عسرة ، تتمثل مظاهرها اساسا فى ضيق السوق المالية [١]، والتضخم السائد فى الاقتصاد الفرنسى ، ومعدلات الارباح الهزلية التى تحققها المشروعات صغيرة ومتوسطة الحجم . ففى ظل هذه العوامل يمكن للمشروعات الفرنسية تلقى التأجير التمويلى بشغف ، بوصفه الفرصة الاخيرة لتمويل استثمارات هى فى اشد الحاجة اليها [٢]. لكن الحاجة التى يعبر عنها الاقدام على شىء بشغف تكون دائما مناطا لاستغلالها ، ولا عجب بعد ذلك أن تستطيع شركات التأجير التمويلى فرض شروط تعسفية لا هدف من ورائها سوى تحقيق مصالحها الى اقصى حد [٣] .

ومما يجدر الاشارة اليه ان التأجير التمويلى استند فى انتشاره ورواجه فى كل من الولايات المتحدة الامريكية وفرنسا الى عوامل جد مختلفة بل متناقضة . ففى حين ارتبط نجاح التأجير التمويلى فى الولايات المتحدة بالرخاء النسبى الذى كان الاقتصاد الامريكى ينعم به فقد ارتبط ذيوعه فى فرنسا بالاختناق المالى الذى تعيشه جل المشروعات الاقتصادية الفرنسية .

ونرى ضرورة اخذ هذه الحقيقة فى الاعتبار عند تقييم مزايا وعيوب التأجير التمويلى بوصفه سبيلا مستحدثا من سبل تمويل استثمارات المشروعات ، خاصة اذا ما اريد العمل به فى دولة تعيش المشروعات الاقتصادية فيها ذات الصعوبات التى

(١) انظر فى ذلك: LE ROUYER DE LA FOSSE, op . cit ., P. 40.

(٢) CAPIEZ ,Op. Cit ., P.105.PRINCE AGBODJAN, op.cit ., P.20.

(٣) انظر فى تحليل هذه الشروط وبيان آثارها االقسم الاول من رسالتنا فى عدم توازن الاداءات فى اتفاق التأجير التمويلى ، بوردو ، ١٩٩٠ .

تواجه المشروعات الفرنسية إن لم تكن اكثر حدة كما هو الغالب فى الدول النامية. ويجب التحفظ عند الوقوف على الكتابات الأنجلوامريكية حول التأجير التمويلى ، كذلك يجب التحوط من الكتابات الفرنسية التى كثيرا ما تقيم تحليلاتها على محور الشعارات الدعائية لشركات التأجير التمويلى الفرنسية [1]

١٩ - ويعتبر التأجير التمويلى كما قننه المشرع الفرنسى صورة خاصة للتأجير التمويلى التمليكى فى الولايات المتحدة Financial lease ، وسوف نتناول تحليله من خلال العرض لتعريفه التشريعى الذى يواجه مختلف فروضه التى تثور فى العمل الفرنسى . وقد انتشر النموذج الفرنسى للتأجير التمويلى فى بعض الدول التى كانت ولا تزال خاضعة لنفوذ رأس المال الفرنسى ، فضلا عن تأثرها بالتنظيم القانونى الفرنسى للتأجير التمويلى .

ويأتى المغرب على رأس هذه الدول اذ تم تأسيس اولى شركات التأجير التمويلى فيه فى ٢١ ابريل ١٩٦٥ [2]، بمبادرة من بعض الشركات التى حظت بالتزام مرافق عامة فى المغرب وأهمها شركة E.E.M وشركة S.M.D وهما من شركات مجموعة بنك باريس وهولاندة (وهو بنك PARI BAS حاليا) . وقد ساهم البنك الوطنى للتنمية الاقتصادية وهو من

---

(١) تحتم علينا امانتنا العلمية وكذلك انشغالنا الحقيقى بقضايا التنمية فى مصر ان نشير الى ما صادفنا من خلال بحثنا للدكتوراه حول ظاهرة التأجير التمويلى فى فرنسا من نموذج صريح بل صارخ للعلم الخادم لرأس المال ومصالحه ، ويمثل Bey El Mokhtar هذا النموذج : فهو بوصفه يشغل منذ زمن طويل منصب مدير الشئون القانونية لاقدم واكبر شركات التأجير التمويلى فى فرنسا وهى شركة لوكافرانس قد كرس كتاباته الهائلة - كما وكيفا - للدفاع عن مصالح مؤسسات التأجير التمويلى ، ليس فقط فى مواجهة الطرف المتعاقد الآخر اى المستفيد وانما ايضا فى مواجهة السلطات العامة فيما تسنه من احكام خاصة بالتأجير التمويلى . وقد كان لتلك الكتابات اثرها البالغ فى توجيه القضاء الفرنسى ، خاصة أن المختار بيه لاتعوزه الاسلحة العلمية لبناء نظرياته ، فهو دكتور فى القانون الخاص وكذلك دكتور فى العلوم السياسية ويعتبر « الخبير الاول » فى شئون التأجير التمويلى فى فرنسا ، فلا مؤتمر هام او ندوة علمية حول هذا الموضوع والا تجد المختار بيه على قائمة المدعوين والمشاركين . ولقد ساهم المختار بيه فى ظروف لاعلم لنا بها فى وضع احكام مشروع القانون المصرى بشأن التأجير التمويلى .

(٢) وهى شركة Maroc - Leasing لازالت قائمة وتباشر نشاطها حتى الآن .

البنوك المغربية وبعض الشركات الامريكية فى تأسيس هذه الشركة [1].

وكذلك عرفت الدول الاعضاء فى الاتحاد النقدى لغرب افريقيا [2] التأجير التمويلى فى صورته الفرنسية . وهذه الدول هى السنغال وكوت ديفوار وتوجو وبنين والنيجر وبوركينا فاسو . ويمكن القول ان نشاط التأجير التمويلى قد شهد إنتظاما معقولا فى كل من السنغال وكوت ديفوار وتوجو [3] . اما فى بنين فلم يتم تأسيس اية شركة للتأجير التمويلى فيها بالرغم من ترخيص السلطات لشركة Taw International leasing بتأسيس شركة وليدة عنها بهذه الدولة [4]. وفى بوركينا - فاسو تركزت عمليات التأجير التمويلى الاولى التى بدأت عام ١٩٧٣ فى قطاع النقل البرى ، وتقوم بها احدى الشركات الوليدة عن شركة Taw .I . L ، ومع ذلك لم تشهد التجربة نجاحا ملحوظا [5]. كذلك فى توجو رخص ايضا لذات الشركة بتأسيس شركة وليدة عنها ، ولم تبدأ فى مزاولة نشاطها الا فى عام ١٩٧٤ ، ثم تحولت الى شركة وطنية توجولية تخضع للاحكام الخاصة بالمؤسسات المالية فى الاتحاد النقدى لغرب افريقيا [6].

٢٠ - واذا كان انتشار النموذج الفرنسى للتأجير التمويلى بفعل رأس المال الفرنسى محدودا ، الا ان تبنى هذا النموذج تشريعيا جعل جل مشرعى الدول التى تنتمى الى نظام القانون اللاتينى يتأثرون بالتنظيم التشريعى الفرنسى للتأجير التمويلى . فاللوائح الصادرة فى بعض دول الاتحاد النقدى لغرب افريقيا تكاد تطابق احكام قانون ١٩٦٦ الفرنسى [7] ، مع ملاحظة انها مدت نطاق تطبيق

---

(١) CHERKAOUI : Rôle et place du leasing dans le financement : le cas du Maroc, Thèse Sciences de Gestion (Finances),Paris IX,1984, P. 200 .

(٢) Union Monétaire Ouest Africaine (U . M . O. A .)

(٣) PRINCE AGBODJAN, Op . Cit ., P.45 et s.

(٤) Op. Cit., P.47, 48.

(٥) Op. Cit., P. 82 et s.

(٦) Op .Cit., P. 63 et s.

(٧) وتتمثل هذه اللوائح فيما يلى : الائحة التنظيمية رقم ٦٩ - ٤٦ بتاريخ ١١ سبتمبر ١٩٧٩ =

قواعدها الى تأجير الواحدات السكينة تأجيرا تمويليا [1] .

اما فى المغرب فليس هناك تشريع خاص بالتأجير التمويلى ، وانما صدرت نشرة عن وزارة المالية بتاريخ اول يوليو ١٩٧٨ لتحل محل النشرة الاولى الصادرة فى ١٤ يوليو ١٩٦٥ . وتشير النشرة المذكورة للطبيعة القانونية المركبة للتأجير التمويلى وأثرها من الوجهة الضريبية ، وتتعدد اوجه الشبه بالتنظيم الفرنسى فى هذا الصدد [2] .

ولقد اخذت بعض قوانين دول امريكا اللاتينية باحكام القانون الفرنسى ، وذلك بالرغم من خضوع نشاط التأجير التمويلى فيها لنفوذ رأس المال الامريكى . كذلك استلهمت احكامها الخاصة بالعلاقة التعاقدية الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد من واقع الممارسة العملية لشركات التأجير التمويلى الفرنسية [3] .

ولا يختلف منهج مشروع القانون المصرى بشأن التأجير التمويلى عن ذلك الذى اتبعته تلك القوانين بامريكا اللاتينية . ففضلا عن الاحكام الخاصة بتنظيم نشاط التأجير التمويلى بوجه عام يتضمن المشروع احكاما خاصة بعقد التأجير التمويلى هى تقنين لما يجرى عليه العمل فى فرنسا . وتتأكد بذلك اهمية دراسة التجربة الفرنسية ، تلك التى تمثل مصدر الهام القوانين اللاتينية ومنها القانون المصرى .

٢١ - ونخلص من هذا العرض ان التأجير التمويلى صار ظاهرة واسعة الانتشار

=فى بوركينا فاسو . اللائحة التنفيذية رقم ٧٠ - ٢٠٩ بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٧٠ فى توجو . اللائحة التنفيذية رقم ٧٠ - ٦ بتاريخ ٧ يناير ١٩٧٠ فى كوت ديفوار . اللائحة التنظيمية رقم ٧٢ - ١٩ بتاريخ ٨ يونيو ١٩٧٢ فى بنين .

انظر النص الكامل لمختلف هذه اللوائح فى ملحقات رسالة PRINCE AGBODJAN ، سابق الاشارة اليها .

(١) فى هذا المعنى ايضا

BEY et GAVALDA : Le crédit - bail mobilier, op .cit., p. 9

(٢) انظر النص الكامل لهذه النشرة الوزارية فى ملحق رسالة CHERKAWI ، سابق الاشارة اليها ، ٣٦٠ .

(٣) ومن ابرز هذه الدول : المكسيك وفنزويلا والبرازيل . انظر فى ذلك :

BEY et GAVAL DA : Le crédit -bail mobilier , op . cit ., P. 9.

عالميا ، اذ تعرفه دول عديدة سواء كانت من الدول الرأسمالية المتقدمة او من الدول النامية . الا أنه بوصفه ظاهرة اقتصادية يتوقف ذيوعه وانتشاره على مدى تفاعله مع النظام القانونى للدولة التى تأخذ به . ولا تثور المشكلة فى واقع الامر فى الدول ذات القوانين الأنجلو سكسونية اذ لاتجد الفنون التعاقدية المستحدثة صعوبة فى الاندماج فى النظام القانونى لانتفاء عنصر تعارض احكامها والقواعد السائدة فيه . اما فى ظل القوانين اللاتينية وحيث تكون ظاهرة القوانين المكتوبة سائدة فإن اشكالية مدى اتساق الظاهرة القانونية الحديثة واحكام هذه القوانين تفرض نفسها ،وهذا ما يفسر ان التنظيم التشريعى للتأجير التمويلى يسبق عادة ظاهرة ادخال النشاط ذاته فى هذه الدول او بالاقل سرعان ما تقتضى مزاولته تدخل المشرع لتنظيمه باحكام تجد مصدرها فى التشريع (١) .

المبحث الثانى

التعريف بالتأجير التمويلى الفرنسى

٢٢ - رأينا كيف تفرعت عن الصورة الاصلية للتأجير التمويلى ، وهى التأجير التمويلى التمليكى Financial lease ، صور عديد له فى الولايات المتحدة الامريكية. كما ذكرنا ان التأجير التمويلى كما يعرض فى فرنسا هو نموذج لهذه الصورة الامريكية الاصلية (٢) .ويتضح لنا ذلك من خلال التعريف للتأجير التمويلى الفرنسى الذى يعرض فى فروضة الرئيسية الثلاث : التأجير التمويلى للمنقولات crédit - bail mobilier

---

(١) ويلاحظ ان التأجير التمويلى فى مصر لازاله فى اضيق الحدود ، تمارسه بعض البنوك فى مجال المعدات الزراعية وكذلك يقترن ايجار معدات البناء الثقيلة فى بعض الفروض بوعد بالبيع مما يقربها من التأجير التمويلى . ولقد اشار مقال مجمود محمد فهمى الى اهم العوائق القانونية التى تعترض نشاط التأجير التمويلى وانتشاره فى مصر ، سابق الاشارة اليه ، ص ١٠٥ وما بعدها .

(٢) واذا كنا اشارنا الى ما يتسم به التأجير التمويلى من مرونة بحيث يمكنه مواجهة حاجات متباينة للمشروعات الاقتصادية ، نشير الآن الى ان تبنى صورة خاصة للتأجير التمويلى انما يكون تلبية لحاجة محدودة لتلك المشروعات . وتتمثل هذه الحاجة فى فرض التأجير التمويلى التمليكى فى الحاجة الى تمويل شراء اصل من الاصول الانتاجية . الا انه يجب الا يغيب عن البال امكانية الافادة بصور التأجير التمويلى الاخرى اذا ما ثارت الحاجة اليها .

و التأجير التمويلى العقارى Crédit - bail immobilier والتأجير التمويلى اللاحق أو المرتد Cession -bail [1] ،

المطلب الاول

التأجير التمويلى للمنقولات

٢٣ – فى سبيل استجلاء مفهوم التأجير التمويلى للمنقولات فى ظل القانون الفرنسى نعرض أولا لصورته كما يشهدها العمل فى فرنسا ، ثم نتناول بالتحليل تعريف المشرع الفرنسى للتأجير التمويلى للمنقولات .

اولا : عملية التأجير التمويلى للمنقولات فى العمل الفرنسى :

٢٤ – يسبق اللجوء الى التأجير التمويلى اتخاذ المشروع المستفيد قرار الحصول على آلة او معدة وادماجه كعنصر من عناصر الانتاج . لكن قرار اللجوء الى تمويل الاستثمار عن طريق التأجير التمويلى اما ان يكون بقرار من المشروع ذاته واما بناء على اقتراح بائع الآلة او المعدة [2] .

وفى كل الأحوال، لا يخاطب المستفيد شركة التأجير التمويلى الا بعد تعيين الآلة أو المعدة وتحديد اوصافها وخصائصها الفنية ، فضلا عن تعيين بائع الآلة او المعدة . بل ان كثيرا من شركات التأجير التمويلى الفرنسية تشترط ان يقترن بطلب التعاقد تقديم بيان بالصفقة يصدر عن البائع Facture Pro Forma .

وتلزم شركة التأجير التمويلى المستفيد بتقديم كافة المعلومات التى تتعلق بمشروعه من جانب وبالصفقة المراد ابرامها من جانب آخر ، وتحدد الشركة المعلومات المطلوب تقديمها والوثائق المرفقة بها ، ويتشكل منها ملف يخص المستفيد .

وعلى ضوء دراسة شركة التأجير التمويلى للملف المذكور ومحتوياته تتخذ

---

(١) ويطلق على هذه الصورة للتأجير التمويلى فى الانظمة الانجلوامريكية اسم Lease - back، ولا تعتبر فى فقه الامريكيين من صور التأجير التمويلى Leasing.

(٢) لا يضفى الفقه الفرنسى فى عمومه ادنى اثر على اقتراح بائع الآلة اللجوء الى احدى شركات التأجير التمويلى ، ولكنه مذهب محل نظر كما سنعرض فيما بعد .

قرارها اما بالموافقة على تمويل استثمار المستفيد واما برفضه .

وفى حالة موافقة الشركة على التمويل فانها ترسل الى البائع طلبا باسمها لأجل شراء الألة Bon de commande ، وفيه تحدد الشركة ان المستفيد سوف يتسلم منه الآلة وذلك بوصفه وكيلا عنها .

وبفرض تمام التسليم دون اثارة اى نزاع يتم تحرير محضر بالاستلام يوقعه كل من البائع والمستفيد. ثم ترسل صورة من المحضر الى شركة التأجير التمويلى وترفق بها فاتورة بثمن الألة ، وعند تلقى الشركة لهما تقوم باداء الثمن الى البائع [١] .

وفور استلام المستفيد للألة يبدأ نفاذ العقد الذى ابرم بينه وبين شركة التأجير التمويلى ، والذى تصفه نماذج العقود المطبوعة بانه عقد ايجار . وبموجب هذا العقد يكون للمستفيد استعمال الآلة على النحو المحدد فى العقد للمدة المتفق عليها ، وتكون هذه المدة طبقا لنصوص العقد غير قابلة للالغاء Irrévocable ، ويعنى ذلك عدم جواز فسخ العقد قبل انقضاء المدة المنصوص عليها بناء على طلب اى من الطرفين [٢] .

ويقضى العقد بالتزام المستفيد باداء دفعات نقدية طوال مدة استعمال الآلة . ويتولى الاتفاق تحديد مقدار الاجرة ومكان وزمان الوفاء بها .

فإذا ما انقضت مدة العقد دون ان يعترض تنفيذة ثمة عائق [٣] ، يكون للمستفيد اختيار احد السبل الثلاثة الآتية :

١ – اما ان يتملك الآلة مقابل اداء قيمتها المتبقية Valeur Résiduelle ، اى ذلك الجزء من قيمة الألة التى يقضى الاتفاق بوجوب دفعها والذى لم تغطية اقساط الاجرة .

(١) CALAIS - AULOY , Op.Cit., No . 64.

(٢) WALTER: qu' est - ce que le leasing ? Dunod Entreprise,1973,P.27.

(٣) ومن هذه العوائق التى تحول دون تنفيذ العقد بصورة طبيعية : هلاك الآلة أو استحقاقها للغير ، وإفلاس المستفيد ، واخلاله بالتزاماته العقدية العديدة وعلى رأسها الوفاء بالاجرة . انظر :
CAPORALE, Op.Cit ., P .47. LEQUIN, Op. Cit., P . 31.

٢ - اما مد ايجار الآلة بذات شروط العقد الاصلى ، وانما مع مراعاة انخفاض قيمة الاجرة خلال هذه المدة الجديدة

٣ - اما انهاء العلاقة التعاقدية برد الألة الى شركة التأجير التمويلى بوصفها المالكة لها .

٢٥ - ويتضح من ذلك ان للتأجير التمويلى للمنقولات كما يعرض فى العمل الفرنسى عدة عناصر : أن المستفيد هو الذى يختار الألة وبائعها وهو الذى يتسلمها منه اذا ما وافقت شركة التأجير التمويلى على تمويل الصفقة ، وان الشركة هى التى تقوم بشراء الالة من البائع وبالتالى تكتسب ملكيتها ، ثم يتقرر للمستفيد استعمالها مقابل اداء دفعات نقدية ، واخيرا يتمتع المستفيد بالخيار الثلاثى Triple option المشار اليه .

ويتعين علينا الآن بحث مدى صحة تعبير المشرع الفرنسى عن هذه العناصر عند تعريفه للتأجير التمويلى للمنقولات .

ثانيا : التعريف التشريعى للتأجير التمويلى للمنقولات :

٢٦ - تولت المادة الاولى فقرة اولى من القانون رقم ٦٦ - ٤٥٥ بتاريخ ٢ يوليو ١٩٦٦ بعد تعديلها بموجب اللائحة التنظيمية رقم ٦٧ - ٨٣٧ بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ تعريف التأجير التمويلى للمنقولات [١] . وبموجب هذا النص عمليات التأجير التمويلى هى عمليات تأجير المعدات او ادوات العمل التى تشتريها مشروعات لأجل التأجير وتظل مالكة لها ، اذا كانت هذه العمليات أيا كانت طبيعتها القانونية تخول المستأجر امكانية تملك جميع الأموال المؤجرة أو بعضها مقابل الوفاء بثمن على ان يعتد الاتفاق عند تحديده بما تم الوفاء به على سبيل

---

(١) وجدير بالاشارة الى ان النص الاصلى لهذه المادة ، اى قبل تعديله بموجب اللائحة ، كان يجمع بين تعريف التأجير التمويلى للمنقولات والتأجير التمويلى العقارى فى فقرة واحدة . وقد اثار هذا المنهج العديد من الاشكالات حول تحديد مدى خضوع بعض فروض التأجير التمويلى العقارى لأحكام قانون ١٩٦٦ ولذلك تدخل المشرع وميز فى تعريفه للتأجير التمويلى بين الفرضين

الاجـرة، ولوبصفة جزيئة [1] .

وفى سبيل تحليل التعريف المتقدم يتعين بحث المسائل الآتية والتى يثيرها النص : تتمثل الاولى فى تكييف العلاقة التعاقدية التى تنشأ بين شركة التأجير التمويلى وبين المستفيد ، بينما تتمثل الثانية فى طبيعة الاموال المنقولة التى يرد عليها التأجير التمويلى الخاضع لأحكام قانون ١٩٦٦ ، ومن جانب آخر لابد من التعرض لامكانية التملك التى يشير اليها القانون ، واخيرا لكيفية تحديد ثمن تملك الاموال المؤجرة فى نهاية مدة العقد .

أ) التكييف القانونى لعقد التأجير التمويلى للمنقولات :

٢٧ - اول ما يلاحظ على تعريف المشرع الفرنسى للتأجير التمويلى أنه قاطع فى اعتبار العلاقة الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد ذات طبيعة ايجارية . لكن الايجار يرتبط بامكانية تملك المستفيد للمال المؤجر مما يجعل هذا العنصر من عناصر تكييف عقد التأجير التمويلى .

واذا كان تعريف االمشرع يواجه امكانية تملك المال المؤجر الا انه لا يشترط تملكه كنتيجة حتمية للعلاقات الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، وبالتالى يمكن انهاء هذه العلاقة دون ان يعمل المستفيد خيار التملك المقرر له . ومؤدى ذلك ان المشرع اخذ فى اعتباره شقين فقط من الخيار الثلاثى الذى تقرره عقود التأجير التمويلى للمستفيد ولم يعرض لامكانية مد مدة الايجار .ولا يعنى ذلك عدم جواز الاتفاق على تخويل المستفيد حق طلب مد الايجار الا انه لايربو الى مصاف عناصر تكييف عقد التأجير التمويلى ، فمتى تضمن االعقد امكانية تملك

---

(1) "les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui En demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification , donnent au locataire la possibilité d' acquérir tout ou partie des biens loués,moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ".

المستفيد للمال المؤجر نكون بصدد عقد تأجير تمويلى فى مفهوم القانون الفرنسى وان اغفل النص على امكانية مد الايجار .

٢٨ - ومن جانب آخر يشترط المشرع الفرنسى ان يكون المؤجر قد سبق له شراء المال من اجل تأجيره الى المستفيد ، وبالتالى فإنه يعتد بالدور المالى الذى تقوم به شركات التأجير التمويلى التى لا تعدو ان تكون وسيطا ماليا فى تداول الاصول الانتاجيـة [١].

ويترتب على اشترط سبق شراء المؤجر للمال المؤجر استبعاد عمليات التأجير المباشر وان اقترن بتخويل المستأجر حق تملك المال فى نهاية مدة الايجار [٢]. ويعتبر التأجير المباشر [٣] سبيلا لتسويق المنتجين أو البائعين لبضائعهم عن طريق منح عملائهم تسهيلات فى الوفاء بالثمن ، وبدلا من افراغ العلاقة فى قالب البيع بالتقسيط يفضل البائعون اللجوء الى قالب الايجار المقترن بوعد ببيع المال المؤجر [٤].

٢٩ - ولا شك فى ان التأجير التمويلى للمنقولات على ضوء تعريف المشرع الفرنسى له هو مقابل التأجير التمويلى التمليكى Financial Lease ، ذلك ان شركة التأجير التمويلى لا تتدخل الا بناء على طلب المستفيد من أجل تمويل حصوله على آلة او معدة ويتقرر له حق تملكها فى نهاية مدة الايجار [٥] . وهى ذات العناصر

---

(١) BEY ET GAVALDA: Le crédit - bail mobilier, op.cit., P.45.CABRILLAC.op .cit.,No. 11.

وهو تفسير محكمة النقض الفرنسية ايضا :

Cassation commerciale,13 avril 1976,JCP1977 II 18669,noteBEY .

وقارن RIVES - LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD: Droit Bancaire, Précis Dalloz, Paris, 5° édition 1990, op. cit., p. 12.

(٢) BEY: les aspects juridiques de la convention de crédit - bail mobilier, JCP1969 CI 86634, No1 .

(٣) هو ما يعرف فى فرنسا بمصطلح Leasing - immédiat أو Leasing - fournisseur

(٤) DE CAGNY : le crédit -bail , Revue L'informateur du chef d' entre-prise, Novembre 1970, P.1O18 .

(٥) ROLIN, op. cit., p. 12.

التى سبق ان رأينا مدى توافرها فى الصيغة الامريكية المذكورة .

وهذا مايفسر تأكيد المشرع الفرنسى على ان شركة التأجير التمويلى تظل مالكة للمال الممول طوال مدة الايجار . ذلك انه لا يشترط فى المؤجر طبقا للقواعد العامة ان يكون بالضرورة مالكا للعين المؤجرة ، وبالتالى حرص المشرع على استبعاد من مفهوم التأجير التمويلى كافة صور التأجير التى لا يكون المؤجر فيها مالكا للعين المؤجرة وان اقترن الايجار بوعد بالبيع . ويتضح لنا من ذلك ان لملكية شركة التأجير التمويلى للمال المؤجر اهميتها المحورية فى عملية التأجير التمويلى [١] .

٣٠ – ويلاحظ اخيرا ان تعريف المشرع للتأجير التمويلى لا يشمل بعض عناصر الاتفاق مثل عدم قابلية مدة الايجار للالغاء او كيفية تحديد الاجرة [٢] . فالامر منوط اذن بسلطان الارادة التى يجوزلها النص على عدم قابلية الغاء مدة الايجار او تحديد مقدار الاجرة بما يتفق وحقيقة الخدمة التى تقدمها شركة التأجير التمويلى على المستفيد .ومؤدى ذلك عدم وجوب التقيد بالقيمة الايجارية للمال المؤجر ، بفرض وجود سوق منتظمة لتأجير مثل هذا المال . ومع ذلك وطبقا لما نص عليه المشرع تظل علاقة شركة التأجير التمويلى بالمستفيد طوال مدة العقد من طبيعة ايجارية [٣] .

---

(١) CHAMPAUD : La loi du 2juillet 1966 sur le crédit - bail, JCP 1966 CI 80299.

(٢) LOBEZ : La décision de crédit - bail, Thèse 3° cycle, Sciences de Gestion , Lille, 1985, p. 16 .

(٣) وتجدر الاشارة فى هذا الصدد ان احدى المحاكم الفرنسية انتهت بعد تحليل عميق لعقد التأجير التمويلى الى انه ايجار طبقا لارادة المشرع de par volonté de la loi ، مما يثير الشك الجدى حول الطبيعة القانونية الحقيقية لهذا العقد :

Cour d' appel de Lyon , 31 janvier 1980, Revue de Droit quotidien, 23 / 2 /1981 .

ب) طبيعة المنقولات التي يرد عليها التأجير التمويلي :

٣١ - يتضح من نص المادة الاولى فقرة اولى من قانون ١٩٦٦ ان نطاق تطبيق قواعده يتحدد وفقا لطبيعة المنقولات التى ترد عليها عمليات التأجير التمويلي . فتلك المنقولات تقتصر طبقا لنص المشرع على المعدات الإنتاجية Biens d'équipement وادوات العمل Matériel d'outillage .

ويثير تحديد المقصود بهذين الاصطلاحين صعوبات شديدة [١] ، الا انه مامن شك حول استبعاد المشرع الفرنسي للسلع الاستهلاكية من نطاق تطبيق قواعد قانون ١٩٦٦ [٢] . و يترتب على ذلك ان المستفيد يحترف دائما نشاطا اقتصاديا ويستبعد اذن من علاقات التأجير التمويلي الخاضع لقانون ١٩٦٦ جمهور المستهلكين [٣] .

٣٢ - ويراعى من جانب آخر ان المشرع لا يعرض الا لبعض الصور للمنقولات المادية ، مما يترتب عليه استبعاد المنقولات المعنوية من نطاق تطبيق قواعد قانون ١٩٦٦ [٤] . ولذلك عندما اراد المشرع مد نطاق تطبيق هذا القانون الى بعض صور للمنقولات المعنوية اضطر الى اصدار تشريع يحقق الغاية المنشودة . وقد تحقق ذلك فى عام ١٩٨٦ بخصوص المحال التجارية والحرفية [٥] ،كما تحقق فى عام

---

(١) يمكن القول بان المعدة الانتاجية هى كل آلة تسمح بانتاج سلعة استهلاكية اكانت ام انتاجية أو تسمح بتقديم خدمة من الخدمات . انظر فى هذا التعريف :

N'KOYOK : les capitaux **étrangers** dans Les PME au Cameroun : la location des matériels, Mémoire DES Sciences Economiques ,Paris, 1972,P.6 .

اما فيما يتعلق بادوات العمل فقد يكون تحديد المقصود منها ميسرا فى مجال النشاط الحرفى اذ تتمثل فى « العدة » التى يستعين بها الحرفى فى اداء عمله . ولكن بالنسبة للانشطة الاخرى يتعين على القاضى الكشف عن وجه تخصيص المال وغايته ، فإن كان مخصصا لمزاولة النشاط اعتبر من قبيل ادوات العمل .

(٢) DE CAGNY, op.cit .,P.1016. PACE: Economic..., op cit., p.25.

(٣) BEY : De la symbiotique ..., op. cit, P. 170 . CHAMPAUD : la loi ..., op. cit .

(٤) CABRILLAC, Op.Cit , No 8 .

(٥) وجدير بالاشارة فى هذا الصدد ان فكرة تأجير المحال التجارية كانت واردة منذ بداية =

١٩٨٩ بخصوص اى من العناصر المعنوية الداخلة فى تكوين هذه المحال [١] .

وجدير بالاشارة الى انه جارى الدراسة فى فرنسا حول مدى امكانية ورود التأجير التمويلى على اسهم شركات المساهمة ، ويكون بمثابة وسيلة لتمويل زيادة رأسمال هذه الشركات دون حاجة الى طرح اسهم الزيادة للاكتتاب العام . وهذا ما يسمى فى فرنسا بالتأجير التمويلى للاسهم Crédit-bail d'actions . وصورة هذه العملية ان تقوم شركة التأجير التمويلى بالاكتتاب فى جميع اسهم شركة المساهمة ثم تؤجرها على الفور للشركة التى اصدرتها . وتلتزم هذه الشركة الاخيرة باداء دفعات نقدية تسمح لشركة التأجير التمويلى باسترداد رأس المال الذى اكتتبت به فى الاسهم فضلا عن حصولها على فائدة اجمالية تسمح لها بتغطية نفقاتها وتحقيق الربح . وفى نهاية مدة الايجار تلتزم شركة التأجير التمويلى باعادة نقل ملكية الاسهم الى الشركة التى اصدرتها مقابل الوفاء بقيمتها المتبقية ، فتقوم هذه الشركة بالغاء الاسهم وتضم فائض القيمة التى تنتج عن العملية الى رأسمالها [٢] .

واذا كان المشرع الفرنسى يميل نحو مد نطاق تطبيق قانون ١٩٦٦ الى مختلف صور التأجير التمويلى الا اننا نرى وجوب افراد التأجير التمويلى للاسهم بأحكام خاصة بتنظيم علاقة شركة التأجير التمويلى بشركة المساهمة فيما يتعلق بممارسة حقوق المساهمين فيها . ولئن كان الطابع التمويلى المحض لهذه العملية تقضى بعدم

= سبينت :

SOINNE : le leasing solution des procédures de réglement judiaire, Journal des sociétés françaises par actions , No 3,6 octobre 1970, P.5 No.9 .

(١) BRAULT : Baux commerciaux: sur le projet de loi modifiant les financements en crédit - bail ainsi que les dispositions de l' article 25 du décret du 30 septembre 1953 , Gazette du Palais,décembre 1989, No. 363 et 364 ,Doctrine, P.18.

(٢) PACE : E conomie . . ., op .cit., P. 329 . GIOVANOLI, op.cit., P.112 N (11) . BEY et GAVALDA : le crédit - bail mobilier, op. cit., p.116 .

الاعتراف لشركة التأجير التمويلي باى من هذه الحقوق الا ان الامر بحاجة الى تنظيم منعا للمنازعات .

٣٣ - خلاصة القول ان التأجير التمويلي للمنقولات الذى يخضع لاحكام قانون ١٩٦٦ هو ذلك الذى يرد على المعدات الانتاجية وادوات العمل والمحال التجارية والحرفية وعناصرها المعنوية .

حـ) امكانية تملك الاموال المؤجرة :

٣٤ - رأينا ان تخويل المستفيد حق تملك الاموال المؤجرة هو من عناصر تكييف التأجير التمويلي . ولكن لا يشترط بالضرورة ان تفضى العلاقة الى تملك المستفيد لهذه الاموال وانما يكفى ان يكون فى مقدوره تملكها (١) .

ويترتب على ذلك ان انتقال ملكية الاموال المؤجرة الى المستفيد يتوقف على اعلان ارادى من جانبه فى نهاية مدة الاتفاق (٢) . اما شركة التأجير التمويلي فتكون ملزمة بنقل ملكية هذه الاموال إلى المستفيد بمجرد ان يبدى رغبته فى ذلك (٣) . ويتجه الفقه الفرنسى الغالب الى اعتبار الايجار مقترنا بوعد منفرد بالبيع لا يكون ملزما الا لشركة التأجير التمويلي (٤) .

---

(١) GIOVANOLI, op .cit., P.12 No.14.GAUDRION, op. cit ., P. 31.

(٢) CAPORALE, op.cit ., P .47. CALAIS - AULOY, op. cit., No. 108 ,N'DIZI, op .cit., p.193 .

ومؤدى ذلك ان انتقال الملكية الى المستفيد لا يتحقق بأى حال من الاحوال بقوة القانون ، لامنذ ابرام العقد او فى اى وقت لاحق . وبالتالى لايمكن القول بان المشرع الفرنسى يعتبر التأجير التمويلي من قبيل عقد البيع . ويترتب على ذلك ايضا ان انتقال الملكية الى المستفيد لا يكون له اثر رجعى وانما يتحقق وينتج آثاره من لحظة اعلان ارادته بالتملك . قارن مع ذلك :

DESSENS : Usure : leasing , Dalloz Sirey, 1971 j 465, note sous Cour d'appel de Rouen, 4° chambre, 3 Juillet 1970 .

(٣) Cassation commerciale, 30 Mai 1989, JCP1989 IV 283 .

(٤) LE ROUYER DE LA FOSSE,op.cit., P.4.CABRILLAC,op. cit.,No.100. CALAIS-AULOY,op.cit.,No.112. OUERDRAOGO, op.cit., P.240.DE CAGNY,op.cit., Novembre 1976.P.1019 .

ولكن على ضوء الشروط الاتفاقية التى تتضمنها عقود التأجير التمويلى لا يكون للمستفيد إعمال حقه فى تملك الاموال المؤجرة مالم يوف بكافة الالتزامات التى يرتبها العقد على عاتقه . ولا يشترط فى ذلك انقضاء الايجار بالفسخ لإخلال المستفيد بالتزاماته وانما يمكن حرمانه من تملك الاموال المؤجرة بالرغم من بلوغ الايجار الى منتهاه . ويصعب مع ذلك تصور قيام الوعد بالبيع منفصلا عن الايجار، ويمكن معه الاختلاف حول تكييف العلاقة من الوجهة القانونية. أضف الى ذلك أن مقابل التملك يكون غالبا ضعيف القيمة مما يخشى معه تكييف الوعد بالبيع على انه وعد ملزم للجانبين وتنقلب بالتالى العلاقة الى بيع ايجارى Location - vente [1] .

ولذلك حرص المشرع الفرنسى على التأكيد انه يكفى تخويل المستفيد حق تملك الاموال المؤجرة لكى نكون بصدد عملية تأجير تمويلى ، ايا كان تكييف هذه العمليـــة .

ويترتب على ذلك ان الآلية القانونية التى يتحقق بها انتقال الملكية الى المستفيد غير ذات اعتبار . فإن كانت صورتها الغالبة تتمثل فى تنفيذ وعد بالبيـع الا ان اية كيفية اخرى لنقل الملكيـة لا يؤثر على تكييف العقـد بوصفه من عقود التـأجير التمـويلى .

٣٥ – وطبقا لنص المشرع الفرنسى ترد امكانية التملك على جميع الاموال المؤجرة او بعضها .

ويواجه المشرع بذلك الفرض الذى يرد فيه عقد التأجير التمويلى على اكثر من مال مؤجر[2] . ففى مثل هذا الفرض لا يشترط تملك المستفيد جميع هذه الاموال

---

(١) BEY : note sous cassation commerciale , 30 mai 1989, Gazette du Palais , octobre 1989, No. 300et 301,P.6.

(٢) ومع ذلك فإن BEY الذى يرى ان النص يسمح للمستفيد بتملك بعض اجزاء الشىء بفرض ورود العقد على شىء مؤجر واحد . ويرى ان هناك مجالا لاعتبار المستفيد متعسفا فى استعمال حقه اذا استحال على شركة التأجير التمويلى الافادة من اى وجه بالاجزاء التى يردها المستفيد اليها- les aspect ..., op. cit., No. 34. =

فى نهاية مدة العقد وانما قد يقصر خياره بالتملك على بعض هذه الاموال دون البعض الآخر . والمثال على ذلك ورود العقد على اسطول من السفن او مجموعة من العقول الإلكترونية وفى نهاية الايجار يعلن المستفيد رغبته فى تملك بعض هذه السفن او العقول الإلكترونية ويرد ما تبقى منها الى شركة التأجير التمويلى .

وبالرغم مما توحى به عبارات المادة الاولى فقرة اولى من قانون ١٩٦٦ فإن القابلية للإنقسام لا تكون الا بصدد إعمال المستفيد حقه فى تملك الأموال المؤجرة، لكن العقد يخول له بداءة حق تملك جميع هذه الاموال عند انقضاء مدة الايجار . ومع ذلك يثور التساؤل حول حكم الاتفاق الذى لا يخول المستفيد ابتداء الا حق تملك بعض الاموال المؤجرة دون البعض الآخر .

الواقع ان المشرع الفرنسى لم يهدف الى مد مفهوم التأجير التمويلى الى مثل هذا الاتفاق . فهو من جانب يناقض مصالح شركة االتأجير التمويلى التى تسعى الى نقل ملكية الاموال المؤجرة الى المستفيدة ، حيث لن تفيد ببقائها على ملكها نظرا لصعوبة تسويقها . ومن جانب آخر يثير مثل هذا الاتفاق صعوبات شديدة من الوجهتين العملية والقانونية : فمن الوجهة العملية لا شك فى اختلاف كيفية تحديد الاجرة بالنظر الى امكانية تملك المال من عدمه ، ومن الوجهة القانونية يصعب القول بتجزئة التصرف بين تأجير تمويلى وايجار تقليدى خاصة فى الفروض التى لا يتم فيها تعيين الاموال التى يمكن تملكها وتلك التى يحرم المستفيد من تملكها وانما ينص الاتفاق على امكانية تملك عدد محدد من وحدات الاموال المؤجرة او نسبة منها .

ولذلك اذا كان العقد واردا على اكثر من مال يكون للمستفيد حق تملك جميع هذه الاموال عند انقضاء مدة الايجار . فإن أجاز له الاتفاق تملك بعض هذه الاموال يكون إعمال حق التملك قابلا للانقسام . اما فى حالة سكوت العقد عن

= ولكن يراعى ان المشرع الفرنسى نص على جواز تملك جميع الاموال المؤجرة او بعضها tout ou partie des biens loués ولا يمكن مع صيغة الجمع التى استخدمها المشرع تفسير النص على انه يواجه خلاف فرض ورود العقد على اكثر من مال .

تقرير حق تملك بعض هذه الاموال لا يكون للمستفيد حق تملك بعضها دون البعض الآخر ، فإما أن يعمل خياره بالتملك فيشمل جميع الاموال المؤجرة واما يردها جميعا الى شركة التأجير التمويلي .

د) مقابل تملك الاموال المؤجرة :

٣٦ – يقضي المشرع الفرنسي بتخويل المستفيد حق تملك الاموال المؤجرة مقابل اداء الثمن الذى يحدده الاتفاق مع مراعاة ما تم الوفاء به على اقساط الاجرة ، ولو بصفة جزيئة . ويفهم من ذلك انه يتعين على المستفيد اداء مقابل التملك اذا ما اختار ذلك ، فلا يجوز الاتفاق على ان يتم نقل ملكية الأموال المؤجرة الى المستفيد بدون مقــابل .

ولكن خصوصية التأجير التمويلي تبرز فى كيفية تحديد هذا المقابل ، اذ يشترط المشرع اخذ الطرفين فى الاعتبار ولو بصفة جزئية ما تم الوفاء به على سبيل الاجرة . فإذا كان العقد هو الذى يتولى تحديد ثمن تملك المال المؤجر الا انه ليس لارادة الطرفين سلطان مطلق فى هذا الشأن .

ولقد اخذ المشرع الفرنسي فى اعتباره ان تملك المستفيد للمال المؤجر ما هو الا مكنة مقررة له إما ان يعملها او لا يعملها . ويترتب على ذلك ان شركة التأجير التمويلي تسعى الى تغطية رأسمالها المستثمر فى شراء المال وضمان ارباحية الصفقة من خلال اقساط الاجرة التي يدفعها المستفيد خلال مدة الايجار . وبالتالى غالبا ما تغطي اقساط الاجرة كامل قيمة المال او بالاقل الجانب الاكبر من قيمته . وهذا ما يفسر ايضا عدم قابلية مدة الايجار للالغاء لضمان حصول شركة التأجير التمويلي على اكبر قدر من مستحقاتها خلال هذه المدة .

ومؤدى ذلك انه من الافضل لشركة التأجير التمويلي ان تسعى الى تغطية استثمارها من خلال الايجار بدلا من تحديد ثمن لشراء الاصل يقارب قيمته الحقيقية وحال هذا الشراء محض احتمال .

ويضاف الى ذلك ان المستفيد لن تكون له مصلحة فى تملك المال عند نهاية

مدة الايجار الا اذا كان مقابل التملك يقل كثيرا عن قيمة المال السوقية وقت التملك [1] ، والا لا يقدم المستفيد على شراء مال تم استعماله مدة ليست بالقصيرة ويوفى قيمته مرتين : مرة من خلال اقساط الاجرة ومرة اخرى عند التملك .

ولذلك يشترط المشرع الفرنسى اخذ ماتم الوفاء به من اقساط الاجرة فى الاعتبار عند تحديد ثمن تملك المال. ويترتب على ذلك عدم جواز تحديد هذا المقابل بثمن شراء المال عند بداية الاتفاق او على ضوء قيمته السوقية عند تملك المستفيد له .

ويعنى اخذ اقساط الاجرة فى الاعتبار تحديد مقابل التملك على ضوء القيمة المحاسبية المتبقية للمال المؤجر اى تلك القيمة التى لا تغطيها اقساط الاجرة فى شقها الخاص باستهلاك رأسمال شركة التأجير التمويلى الذى دفعته كثمن لشراء الاصل. وقد رأينا من قبل ان عقود التأجير التمويلى تحدد مقابل التملك على هذا النحو . ولكن نظرا لاختلاف شركات التأجير التمويلى فيما بينها كيفية حساب معدلات استهلاك رأس المال اكتفى المشرع بالنص على اخذ الطرفين فى اعتبارهما ولو بصفة جرئية ماتم الوفاء به على سبيل الاجرة . ولذلك نجد فى بعض العقود تحديد مقابل التملك بواقع ٥ ٪ من ثمن شراء المال وفى بعضها الأخر بواقع ٧ ٪ أو ١٠ ٪ ، مع ملاحظة ان هذه القيمة تحسب على اساس ثمن الشراء دون احتساب الضرائب غير المباشرة التى تفرض على شراء شركة التأجير التمويلى للمال المؤجر .

ولا نرى فى نص المشرع الفرنسى على وجوب الاعتداد باقساط الاجرة غلوا من جانبه [2] . فالنص يسمح للمستفيد بطلب اعادة النظر فى مقدار مقابل التملك اذا اقام الدليل على عدم اخذ شركة التأجير التمويلى عند تحديدها له بما تم الوفاء به على سبيل الاجرة . ومن جانب آخر يقطع نص المشرع كل خلاف حول

---

(١) CALAIS - AULOY , Op. Cit., No. 111 .

(٢) قارن : COILLOT : A la recherche de la notion juridique de crédit-bail : JCP 1967 CI 81683 , P.789 et s.

تحديد الطبيعة القانونية للوعد بالبيع الذى يقترن بالايجار استنادا الى مقدار المقابل الذى يتم بموجبه تنفيذ الوعد المذكور .

٣٧ - وعلى ضوء ما تقدم يتضح لنا ان التأجير التمويلى للمنقولات فى فرنسا هو نموذج للتأجير التمويلى التمليكى فى الولايات المتحدة . وقد عبر المشرع الفرنسى عند تعريفه له عن حقيقة الممارسة العملية التى يشهدها فى فرنسا الا انه لم يعتد بعنصر مد مدة الايجار كعنصر لتكييف عقد التأجير التمويلى فضلا عن قصره نطاق تطبيق قانون ١٩٦٦على العقود الواردة على بعض انواع المنقولات كما تحدد لنا .

الا ان اهم ما ينبغى التأكيد عليه هو تقنين المشرع الفرنسى لتكييف العلاقة التى تنشأ بين شركة التأجير التمويلى و المستفيد باعتبارها علاقة ايجارية . وقد تبع فى ذلك العمل فى فرنسا ويعتبر اعترافا ضمنيا من جانبه بصحة ما تحدده عقود التأجير التمويلى من مضمون اتفاقى لتلك العلاقة كما يبين من بنود وشروط هذه العقود .

المطلب الثانى

التأجير التمويلى العقارى

٣٨ - اسوة بالمنهج الذى اتبعناه فى سبيل التعريف بالتأجير التمويلى للمنقولات ، نعرض اولا لصور التأجير التمويلى العقارى كما تعرض فى العمل الفرنسى ثم نتناول تحليل تعريف المشرع الفرنسى لهذا النشاط .

اولا : علميات التأجير التمويلى العقارى فى العمل الفرنسى :

٣٩ - فى سبيل استعراض صور التأجير التمويلى العقارى كما يشهدها العمل فى فرنسا يجب التمييز بين فرضين : يتمثل الاول فى فرض تأجير عقار سبق بناؤه بينما يتمثل الثانى فى تأجير عقار يراد بناؤه. ويتضح من ذلك ان محل عقود التأجير التمويلى العقارى هو فى المقام الاول احد المبانى .

ويلاحظ من جانب آخر انه فى بعض الفروض تلجأ شركة التأجير التمويلى الى تأسيس شركة مدنية عقارية Société Civile Immobilière من اجل تنفيذ العملية .

وعلى ضوء ذلك نعرض من جانب اول لفرض تأجير العقار المبنى ، ثم لفرض تأجير العقار الذى يراد بناؤه ، واخيرا نعرض لفرض تأسيس الشركة المدنية العقارية .

أ) تأجير العقار السابق بناؤه :

٤٠ - اذا كانت عقود التأجير التمويلى ترد فى المقام الاول على المبانى ، الا ان هذه المبانى تقام على الارض . وبالتالى لا يمكن ان ينفصل تأجير المبنى عن تأجير الارض التى يقام عليها .

والفرض الذى نحن بصدده هو فرض وجود العقار بعد سبق بنائه على ارض مملوكة للغير [١] ، ويبغى المستفيد الحصول على العقار ويناشد تدخل احدى شركات التأجير التمويلى لتمويل هذه الصفقة .

٤١ - ولا يختلف الفرض المتقدم عن صورة التأجير التمويلى للمنقولات اذ تقوم الشركة بشراء العقار بما يشمله من ارض ومبانى ثم يمكن المستفيد من الانتفاع به بذات الاوضاع والشروط التى تعرض فى حالة تأجير المنقولات تأجيرا تمويليا [٢] . فالمستفيد هو الذى يساوم بائع العقار حول شرائه ، ويتقدم بطلب التمويل الى شركة التأجير التمويلى ، ويلتزم بتقديم المعلومات والوثائق المرفقة بها والتى تحددها

---

(١) وجدير بالذكر ان الفرض الغالب يتمثل فى ملكية شخص واحد لكل من الارض والمبانى المقامة عليها ولكن فى الفروض النادرة التى تكون الارض فيها مملوكة لشخص بينما يملك شخص آخر المبانى يتعين على شركة التأجير التمويلى ابرام عقدين : الاول بشراء الارض والثانى خاص بشراء المبانى .

(٢) BEY et GAVALDA : Le crédit - bail immobilier , op. cit., P.93 .
BALME,Op .Cit ., No. 157.

له الشركة [١] ، وهو الذى يتولى استلام العقار من البائع بوصفه وكيلا عن شركة التأجير التمويلى .

وتؤجر الشركة العقار الذى تملكة الى المستفيد لمدة غير قابلة للالغاء ، ويلتزم المستفيد باداء الدفعات النقدية المتفق عليها ، ويتمتع فى نهاية مدة الايجار بالخيار الثلاثى المميز لعمليات التأجير التمويلى : اما تملك العقار واما اعادة ايجاره واما رده الى شركة التأجير التمويلى . ولكن يراعي ان العمل يجرى على تحديد مقابل تملك المستفيد للعقار فى نهاية مدة الايجار بثمن رمزى يتمثل فى فرنك فرنسى واحد [٢] .

٤٢ – وتجدر الاشارة الى ما تتميز به التصرفات الواردة على العقارات فى فرنسا من حيث اشتراط العقد الرسمى أو العقد العرفى المقرون بالتصديق على توقيعات الاطراف او من حيث اجراءات الشهر العقارى وغيرها من الاجراءات . وتفرض عقود التأجير التمويلى على عاتق المستفيد اتخاذ جميع هذه الاجراءات على نفقته وانما بوصفه وكيلا عن شركة التأجير التمويلى [٣] .

ب) تأجير العقــار الذى يراد بنــاؤه :

٤٣ – فى هذا الفرض لايكون العقار الذى يبغى المستفيد الانتفاع به قد تم بناؤه بعد ، وبالتالى يناشد المستفيد شركة التأجير التمويلى تمويل بناء العقار .

ويلاحظ ان الفرض المتقدم هو الفرض الغالب لعمليات التأجير التمويلى العقارى اذ نادرا ما يجد المستفيد عقارا مبينا يفى باحتياجاته ويتفق مع طبيعة النشاط الذى يزاوله فتثور حاجته الى تمويل بناء عقار تتوافر فيه الخصــائص الملائمــة لمزاولة هذا النشـــاط [٤] .

---

(١) BEY et GAVALDA, op . cit., P .68 et s .N' DIZI, op .cit., P. 155.

(٢) BENAC - SCHMIDT : Le contrat de promesse unilatérale de vente , LGDJ, Paris, 1983, P. 57 .

(٣) CALAIS - AULOY , op . cit ., No .101 .

(٤) OUERDRAOGO , op . cit., P. 197 .

ويتطلب تمويل بناء العقار مرور العملية بمرحلتين متعاقبتين : يتم فى الاولى الحصول على الارض ويتم فى الثانية بناء االعقار ، ثم يبدأ بعد ذلك انتفاع المستفيد بالعقار.

(١) الحصول على الارض :

٤٤ – يشهد العمل فى هذا الصدد فرضين مختلفين: يتمثل الاول فى ملكية الغير للارض بينما يتمثل الثانى فى ملكية المستفيد ذاته لهذه الارض .

فإذا كانت الارض مملوكة للغير تتملكها شركة التأجير التمويلى عن طريق شرائها من الغير ، اسوة بتملكها المنقولات اوالعقار المبنى [١] .

ولكن يلاحظ ان شركات التأجير التمويلى كثيرا ما تعلق شراءها للارض على شرط حصولها على الترخيص الادارى اللازم للبناء [٢] ، وذلك حتى تتفادى تملك الارض فى حالة استحالة المضى فى تنفيذ الاتفاق المبرم بينها وبين المستفيد [٣] .

٤٥ – اما اذا كانت الارض مملوكة للمستفيد فلا شك ان دور شركة التأجير التمويلى يقتصر على تمويل البناء . ومع ذلك يلجأ الطرفان الى ابرام عقد خاص بايجار الارض الى شركة التأجير التمويلى بوحى من بعض الصور الخاصة لعقود الايجار التى يعرفها القانون الفرنسى ، فيتم ابرام عقد ايجار بنائى

---

(١) SOLAL : le crédit - bail immobilier, Actualité Juridique - Propriété Immobilière, février 1974, P95.OUERDRAOGO, op.cit., p. 205.

ويشير احد الكتاب الفرنسيين الى فرض بناء العقار على ارض مملوكة للغير ولكن دون ان تقوم شركة التأجى التمويلى بشرائها . ويكون ذلك عن طريق ابرام عقد ايجار بنائى او عقد ايجار حكرى مع مالك الارض . لكنه فرض يثير العديد من الصعوبات من الوجهتين القانونية والضريبية ولذلك يظل فرضا نظريا لا يشهده العمل فى فرنسا : PACE :Economie..., P.110 et s .

(٢) SOLA, op .cit ., P. 95 .

(٣) وجدير بالاشارة الى ان الشرط الواقف المتقدم ليس من قبيل الشرط الارادى المحض اذ لا يتوقف تحققه على محض ارادة شركة التأجير التمويلى وانما يتوقف ايضا على قرار الجهة الادارية المختصة بمنح الترخيص .

Bail emphytéotique[٢] او عقد ايجارحكرى[١] Bail à construction

ويخول كل من الأيجار البنائى والايجار الحكرى حقا على الارض المؤجرة يكون سندا لشركة التأجير التمويلى - مستأجرة الارض - فى ملكية المبانى المقامة على هذه الارض طوال مدة الايجار [٣] . ويتضح من ذلك مدى حرص شركة التأجير التمويلى على تملك المبانى التى تقوم بتأجيرها الى المستفيد . فسواء تم البناء على ارض مشتراة من الغير او على ارض مؤجرة من المستفيد يتحقق لشركة التأجير التمويلى هذا الهدف . ففى الفرض الاول يتم بناء العقار لحسابها على ارض مملوكة لها ، وفى الفرض الثانى يتم بناء العقار لحسابها على ارض تتمتع عليها بحق عينى

---

(١) طبقا للمادة ق ٢٥١ - ١ فقرة اولى من اللائحة رقم ٧٨ - ٦٢١ بتاريخ ٣١ مايو ١٩٧٨ يعرف الايجار البنائى بأنه ذلك العقد الذى بمقتضاه يلتزم المستأجر بتشييد مبان على الارض المؤجرة والتى تكون مملوكة للمؤجر وبالمحافظة على المبانى المشيدة طوال مدة الايجار .

(٢) لا يعرف التقنين الزراعى الفرنسى عقد الايجار الحكرى وانما تقرر المادة ٩٣٧ فقرة اولى ان الايجار الحكرى يخول المستأجر حقا عينيا على الارض يكون قابلا لرهنه رهنا رسميا . ويلاحظ ان المشرع اقتبس احكام الايجار البنائى من احكام الايجار الحكرى ، الذى يعرفه الفقه بانه العقد الذى بمقتضاه يلتزم المستأجر بغرس اشجار أو اى شيء آخر بأرض المؤجر وبصيانتها طوال مدة الايجار . ومما يجدر الاشارة اليه ان كثيرا ما كان يتم اللجوء الى عقود الايجار الحكرى بصدد المبانى قبل ظهور الايجار البنـــائى :

SAINT - ALARY : Droit de la construction , Thémis Droit, PUF Paris , 10 édition 1977, P.75 .

(٣) OUERDRAOGO, Op. Cit. , P. 201 .

هذا وتنص المادة ق ٢٥١ -٣ فقرة اولى من لائحة ٣١ مايو ١٩٧٨ على ان الايجار البنائى يخول المستأجر حقا عينيا عقاريا محله الارض المؤجرة . وتقضى المادة ق ٢٥١ - ٢ بان الاتفاق يتولى تحديد حقوق الطرفين على المبانى المقامة على الارض ، سواء تلك التى كانت موجودة عليها قبل ابرام العقد او تلك التى يتم تشييدها تنفيذا له . الا ان المادة المذكورة تقضى بتملك المؤجر للمبانى عند نهاية الايجار فى حالة سكوت العقد عن تنظيم هذه المسألة ، مما يفهم منها ان المستأجر هو الذى يظل مالكا للمبانى طوال مدة الايجار . كذلك فى حالة ابرام عقد ايجار حكرى فإن الحق العينى العقارى الذى يتمتع به المستأجر يخوله ملكية المبانى طوال مدة الايجار . لذلك يستوى لدى شركة التأجير التمويلى ابرام عقد ايجار بنائى او عقد ايجار حكرى :

BEY et GAVALDA : Le crédit - bail immobilier ,op . cit .,P.40 .

يخولها ملكية المبانى .

واذا استعرضنا صورة التأجير التمويلى للمنقولات وصورة التأجير التمويلى للعقار الذى سبق بناؤه يتضح لنا ان ملكية شركة التأجير التمويلى للمال المؤجر طوال مدة الايجار تمثل هدفا تحققه هذه الشركة فى كل فروض وصور التأجير التمويلى .

(٢) بناء العقار :

٤٦ - فى اعقاب الحصول على الارض يبرم الطرفان شركة التأجير التمويلى والمستفيد اتفاق تمهيدياً خاصا ببناء العقار يعرف فى فرنسا تحت مسمى Protocole d' accord [١] . ويتضمن هذا الاتفاق ، فضلا عن الشروط العامة للانتفاع بالعقار بعد تمام بنائه ، الشروط والاوضاع التى يجب مراعاتها فى مرحلة البناء .

٤٧ - وتتحدد فى الاتفاق المتقدم المهام التمويلية والفنية المتعلقة ببناء العقار على نحو تفصيلى ودقيق . والقاعدة العامة فى هذا الصدد ان شركة التأجير التمويلى تتولى مهمة تمويل عمليات البناء فى حين يتولى المستفيد ادارتها من الوجهة الفنية وتحت مسئوليته الكاملة [٢] .

ويلجأ الطرفان الى افراغ علاقتهما بخصوص بناء العقار فى قالب قانونى محدد . ويكون هذا القالب اما عقد وكالة يكون فيه المستفيد وكيلا عن شركة التأجير التمويلى واما عقد مقاولة حيث يكون المستفيد فى مركز المقاول فى علاقته بشركة التأجير التمويلى التى تعتبر حينئذ فى مركز رب العمل [٣] .

ويتخذ المستفيد باسم ولحساب شركة التأجير التمويلى كافة الاجراءات التمهيدية للبناء مثل الحصول على ترخيص البناء وسداد الرسوم المقررة والتعاقد مع

---

(١) OUERDRAOGO, op . Cit , P. 179 . BALME, op. cit, No 162 .

(٢) BEY et GAVALDA, op . Cit , P. 101.

(٣) OUERDRAOGO, op.Cit., P. 205 et 215 . BALME, Op .Cit., No. 172.LEQUIN,op. Cit ., P. 23. BOSC :les Sociétés Immobilières pour le Commerce et l' Industrie (SICOMI), Mémoire DESS, Contrôle de Gestion, Bordeaux , 1983, P. 50 .

احد المكاتب الهندسية المعتمدة على اجراء الرسوم الهندسية للبناء . ويتحمل المستفيد عبء دفع جميع الضرائب التى تتقرر عن عملية البناء [١] .

٤٨ - وفى اغلب الاحوال لا يكون المستفيد مؤهلا لتولى بناء العقار او حتى للاشراف على البناء، ولذلك يلجاء الى احد المقاولين الذين يحترفون اعمال البناء والتشييد .

ولئن كانت عمليات البناء تتم تحت مسئولية المستفيد الكاملة كثيرا ما تشترط شركات التأجير التمويلى المشاركة فى اختيار شخص المقاول الذى يتولى عملية البناء ، كما تحتفظ بحقها فى اعتماد الرسومات الهندسية التى تعاقد عليها المستفيد وذلك قبل البدء فى تنفيذ عمليات البناء [٢] .

ولاشك فى ارتباط المستفيد بمقاول البناء بموجب عقد مقاولة ، [٣] ولكن تحديد الطرف المتعاقد مع المقاول يتوقف على القالب القانونى الذى افرغت فيه علاقة شركة التأجير التمويلى والمستفيد بخصوص بناء العقار . فإن كان القالب المذكور عقد وكالة يكون طرفا عقد المقاولة هما شركة التأجير التمويلى والمقاول وتنشأ بالتالى علاقة شخصية ومباشرة بينهما . اما اذا تمثل هذا القالب فى عقد مقاولة يكون المستفيد طرفا اصيلا فى العقد المبرم مع مقاول البناء ويصبح فى مركز رب العمل إزاء المقاول [٤]. ولكن العقد المذكور يأخذ وصف المقاولة من الباطن فتكون شركة التأجير التمويلى فى مركز رب العمل والمستفيد فى مركز المقاول فى حين يصبح مقاول

---

(١) BEY et GAVALDA, op. Cit., P.101. CABRILLAC, op . Cit., No. 117. CALAIS - AULOY, op .Cit., No. 101. BALME, op . Cit ., No. 165. BAUGAS .L'avenir du crédit -bail immobilier , Mémoire DESS, Finance d' entreprise et Gestion bancaire, Paris I, 1980, P.8.

(٢) CALAIS - AULOY. op . cit., No .74 .

(٣) BEYet GAVALDA,op.cit.,P.101.CABRILLAC, op.Cit.,No. 117.

(٤) و يترتب على ذلك ان يصبح المستفيد دائنا بضمان العيوب التى تهدد سلامة البناء او تجعله غير صالح للغرض المخصص له ، ذلك الضمان الذى تقرره المواد ١٧٩٢ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى والتى اضيفت الى التقنين بموجب القانون رقم ٧٨ - ١٢ بتاريخ ٤ يناير ١٩٧٨ . انظر نص هذا القانون فى الدورية التالية : Dalloz Sirey, 1978, Législation 74.

البناء فى مركز المقاول من الباطن [١] .

وتتم عمليةبناء العقار من الوجهة الفنية على مراحل متعاقبة . ويتعين على شركة التأجير التمويلى الوفاء بالتمويل اللازم لانجاز كل مرحلة من مراحل البناء . ويكون ذلك بحسب ما تم الاتفاق عليه بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد من جانب وماتم الاتفاق عليه بين المستفيد ومقاول البناء من جانب آخر [٢].

وعند الانتهاء من عمليات البناء يلتزم مقاول البناء بتسليم العقار . ويتسلم المستفيد العقار اما بوصفه وكيلا عن شركة التأجير التمويلى واما بوصفه رب العمل ازاء المقاول على حسب الاحوال . ويلتزم المقاول باعطاء المستفيد بيان كتابى يفيد صلاحية المبانى ومطابقة التنفيذ للرسومات الهندسية . [٣] ويتم تحرير محضر بالاستلام يوقعه الطرفان مقاول البناء والمستفيد [٤] .

٤٩ - ويتميز التأجير التمويلى العقارى فى فرض بناء العقار المؤجر باتفاقات خاصة حول حقوق والتزامات الطرفين يمكن ايجازها فيما يلى :

٥٠ - (أ) **اداء دفعات نقدية قبل الانتفاع بالعقار :** مؤدى عقد الايجار التقليدى ان المستأجر يلتزم باداء الاجرة مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة . وبتطبيق ذلك على عقد التأجير التمويلى عدم التزام المستفيد باداء الاجرة قبل تمام بناء العقار وبدء انتفاعه به .

ومع ذلك يقضى اتفاق شركة التأجير التمويلى و المستفيد بخصوص بناء العقار

---

(١) ويترتب على ذلك خضوع عقد المقاولة من الباطن لاحكام القانون رقم ٧٥ - ١٣٣٤ بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٣١والخاص بالمقاولة من الباطن (Journal officiel. 3/1/1976). وبموجب المادة ١٢من هذا القانون تتقرر للمقاول من الباطن دعوى مباشرة ازاء رب العمل لاقتضاء الاجر المقرر له .

(٢) CALAIS - AULOY, op. cit., No .75.BALME, op.cit., No. 162 .

(٣) CABRILLAC op. cit.,No.119.BEY et GAVALDA, op.cit.,P.101.

(٤) OUERDRAOGO, op. cit., P. 221. BALME,op. cit .,No. 167 .

وجدير بالاشارة الى ان الاستلام بوصفه واقعة قانونية صار منتجاً لآثار عديدة وبالغة الاهمية منذ صدور القانون رقم ٧٨ - ١٢ بتاريخ ٤ يناير ١٩٧٨ .

بالتزام المستفيد باداء دفعات نقدية الى الشركة طوال مدة البناء [1] . ومعنى ان المستفيد يبدأ فى دفع اجرة العقار قبل أن يبدأ انتفاعه به . وهذا ما يفسر عدم تكييف الفقه الفرنسى لهذه الدفعات على انها اجرة وانما اطلق عليها مسمى مقدمات الاجرة Pré -loyers [2] .

وتعتبر شركات التأجير التمويلى تلك الدفعات بمثابة عائد المبالغ التى تنفقها فى سبيل تمويل عملية بناء العقار فى مراحلة المختلفة [3] ، وتقيدها بهذا الوصف فى حساباتها . ولا يشهد العمل هذه الظاهرة الا بصدد بناء العقار المؤجر ، اذ لا مجال لاقتضاء مقدمات للاجرة قبل الانتفاع بالمنقول او العقار المبنى فى حالة شرائه .

٥٠ - (ب) تحديد مدة الاتفاق فى حالة ايجار ارض المستفيد :

رأينا انه فى الفرض الذى يريد فيه المستفيد بناء العقار على ارض مملوكة له يتم ابرام عقد ايجار بنائى او عقد ايجار حكرى يرد على هذه الارض .

وتشترط الاحكام القانونية الخاصة بهذين النوعين من الايجار ان يتم تحديد مدة الايجار بما لا يقل عن ثمانى عشرة سنة ولا يزيد على تسعة وتسعين سنة [4] .

ويترتب على ذلك ان مدة ايجار العقار بعد تمام البناء من خلال عقد التأجير التمويلى لا يمكن ان تقل عن ثمانى عشرة سنة . ذلك ان العلاقة القانونية والاهداف التى يرمى اليها الطرفان تحتم وحدة مدة ايجار الارض ومدة ايجار المبانى [5].

---

(١) LEQUIN, op.cit , P.24. CALAIS - AULOY, op . cit , No .75 .

(٢) PACE : Les particularités du crédit-bail mobilier, Analyse Financière, 4° trimestre 1977. p. 20 .WALTER,op. cit,P.47.

(٣) BALME, op . cit, No.76. RENAUD Gérard et Sylviana : Le crédit bail immobilier en France, Mémoire DES Sciences Economiques, Paris, 1970,P.62 .

(٤) انظر فى شأن الايجار البنائى حكم المادة ٢٥١ -٣ فقرة ثالثة من اللائحة رقم ٧٨ - ٦٢١ بتاريخ ٣١ مايو ١٩٧٨ وفى شأن الايجار الحكرى حكم المادة ٩٣٧ فقرة ثانية من التقنين الزراعى .

(٥) FOURNIER : Crédit - bail, Guide juridique Dalloz, 1985, p.179, 5, No.34 . 1á

فلكى تنتقل ملكية المبانى إلى المستفيد فى نهاية مدة تأجيرها لابد من زوال الحق العينى الذى تتمتع به شركة التأجير التمويلى على الارض المملوكة للمستفيد ، وهو ما لا يتحقق مالم تنقص مدة ايجار المبانى ومدة ايجار الارض فى وقت واحد .

اما اذا فرضنا انقضاء ايجار المبانى قبل انقضاء ايجار الارض فإن ملكية المبانى تظل لشركة التأجير التمويلى ولا تنتقل بالتالى الى المستفيد . ويتحقق بذلك فراغ قانونى اذ يفقد المستفيد سنده فى الانتفاع بالمبانى فضلا عن بقاء الارض دون استغلال فى حين تبقى الشركة مالكة لعقار لا تنتفع به باى وجه من الوجوه .

٥١ - (جـ) كيفية تملك المستفيد للمبانى المقامة على ارضه :

رأينا من قبل ان للمستفيد فى حالة تأجير المنقول او العقار المبنى تأجيرا تمويليا إعمال خياره الثلاثى : اما تملك المال واما مد الايجار واما رده الى شركة التأجير التمويلى . كذلك يتقرر الخيار الثلاثى فى حالة بناء العقار على ارض تم شراؤها من الغير .

اما فى حالة بناء العقار على أرض مملوكة للمستفيد يتعاصر إنقضاء ايجار المبانى مع انقضاء ايجار الارض كما ذكرنا ، ويترتب على ذلك انتقال ملكية المبانى الى المستفيد بقوة القانون إعمالا لقواعد الالتصاق . ذلك ان الفقه الفرنسى يجمع على ان مؤجر الارض - سواء فى اطار عقد الايجار البنائى او فى اطار عقد الايجار الحكرى - يتملك المبانى المشيدة على الارض تطبيقا لقواعد الالتصاق العقارى ودون اى تعويض يتقرر لمستأجر الارض[(١)] ، بالتالى تنتقل ملكية المبانى الى المستفيد بدون مقابل ودون حاجة الى اعلان ارادى من جانبه .

وبذلك لا يختلف تملك المستفيد للعقار المشيد على ارض مملوكة له عن تملكه لعقار سبق شراؤه او تم بناؤه على ارض مملوكة للغير ، وذلك من الوجهة المالية اذ اشارنا من قبل ان تملك العقار فى هذه الفروض الاخيرة يكون التملك مقابل الوفاء بفرنك واحد اى مقابل ثمن رمزى .

اما من حيث الألية التى يتحقق بها انتقال الملكية الى المستفيد فإن لفرض بنـاء

---

(١) SAINT - ALARY, op, Cit., p. 79 .

لعقار على ارض مملوكة للمستفيد خصوصيته فى هذا الصدد . فبينما يلزم اعلان ارادى بالتملك من قبل المستفيد فى الفروض الاخرى تنتقل ملكية المبانى اليه بقوة القانون اذا ما كانت مشيدة على ارض مملوكة له [١]. ولا مجال والحال هذه للحديث عن خيار التملك الذى يتمتع به المستفيد فضلا عن انتفاء كل امكانية لمد الايجار أو لرد المبانى الى شركة لتأجير التمويلى [٢] .

٥٢ - ويحق لنا التساؤل حول ما اذا كان انتقال الملكية الى المستفيد بقوة القانون هو نتيجة حتمية لتنفيذ التأجير التمويلى على هذا النحو ، ام على العكس يمثل ذلك الغاية التى ينشدها دائما الطرفان وما تعليق انتقال الملكية فى الفروض الاخرى على خيار المستفيد الا نتيجة خشية ترتيب آثار قانونية لا يرتضيها الطرفان .

الواقع ان تنفيذ التأجير التمويلى على هذا النحو فى حالة ملكية المستفيد للارض غاية منشودة فى ذاتها والا ما كان اللجوء الى الايجار البنائى او الايجار الحكرى. واذا اخذنا فى الاعتبار ان من الوجهة الضريبية لا يخضع انتقال ملكية العقار تطبيقا لاحكام الالتصاق العقارى لاى رسم ضريبى [٣] يتضح لنا ان هناك اهدافا يبغى الطرفان تحقيقها من خلال تنفيذ العملية على هذا النحو او ذاك .

فإذا سلمنا بان شركة التأجير التمويلى تسعى الى التخلص من ملكية المال المؤجر فى نهاية الايجار يحق لنا التساؤل عن جدوى اصرارها على تملك هذا المال ابتداء ، وهو ما يتوافر دائما فى كافة صور وفروض التأجير التمويلى .

ان لتملك شركة التأجير التمويلى للمال المؤجر اهمية بالغة بل محورية ،

---

(١) GIOVANOLI,op.Cit.,P.362No.453.CABRILLAC,op.Cit., No.110.
ويرى هذا الكاتب الاخير انه لا يمكن الحديث عن خيار حقيقى للمستفيد مالم يتحقق تملكه للمال المؤجر عن طريق تنفيذ وعد منفرد بالبيع او عن طريق غير مباشر .

(٢) PACE : Pratique ...,op. Cit ., P. C 2. LE ROUYER DE LA FOSSE, op . Cit , P.424 No. 344 - 1.

(٣) BEY : Banque : Crédit - bail immobilier , Jurisclasseur Banque et Crédit , I , 1984 , Fasc. 651 , No . 85 .

ويجب وضعه فى اطاره الصحيح على ضوء غايته فى نظر الشركة . وقد يفضى الامر الى اعادة النظر فى تكييف عقد التأجير التمويلى من الوجهة القانونية .

حـ) تأسيس الشركة المدنية العقارية :

٥٣ - ذكرنا من قبل ان ادخال التأجير التمويلى العقارى فى فرنسا واجهته بعض العوائق القانونية والضريبية . فمن جانب تتطلب مزاولة هذا النشاط توظيف شركات التأجير التمويلى لرؤوس اموال ضخمة مما يفترض معه الحصول على مصادر تمويلية هامة من خارج هذه الشركات [١] . ومهما بلغت اهمية رأسمال الشركة فإنه يفرض لامحال حدودا معينة على الائتمان الذى يمكنها الحصول عليه من الغير ، فتعجز الشركة عن مزاولة التأجير التمويلى العقارى على نطاق واسع ، وينعكس ذلك على انتشار النشاط وذيوعه على مستوى الاقتصاد القومى [٢] .

ومن جانب آخر يقتضى تنفيذ عملية التأجير التمويلى العقارى انتقال ملكية العقار مرتين : الاولى عند شراء او بناء العقار لحساب شركة التأجير التمويلى والثانية عند إعمال المستفيد خيار التملك المقرر له . ونظرا للضرائب والرسوم المرتفعة التى تفرض على التصرفات العقارية تصبح تكلفة التمويل بالنسبة الى المستفيد باهظة ، بل ان الكثير من المشروعات تعجز عن اللجوء اليه فيترتب على ذلك اختناق النشاط فى اعقاب ميلاده فى فرنسا [٣] .

ولكن شركات التأجير التمويلى استطاعت تفادى هذه العوائق او على الاقل

---

(١) OUEDRAOGO, Op. Cit. , P . 20 et 78 .

(٢) فمن جانب تتطلب البنوك ضمانات كبيرة مقابل منح الائتمان طويل الاجل: CALAIS - AU-LOY , Op . Cit., No . 45 ومن جانب آخر يلاحظ انه فى بداية الستينات كانت البنوك الفرنسية تشترط تقديم تأمينات عينية عقارية لضمان القروض طويلة الاجل والتى تسدد عنها فائدة مركبة بسعر ٤ ٪ CROIZAT, Op. Cit , P. 217 . وبالتالى كان يتعين على شركات التأجير التمويلى رهن العقارات المؤجرة ولكن سعر الفائدة المقررة على القروض كانت تزيد من تكلفة التمويل بالنسبة الى المستفيد .

(٣) وجدير بالاشارة الى ان الضريبة العقارية تصل الى حوالى ١٦ ٪ من ثمن شراء العقار : GIOVANOLI, op. Cit., P.37 No. 53. LEQUIN, op . Cit. , P.34.

التقليل من آثارها عن طريق تأسيس شركة مدنية عقارية بينها وبين المستفيد . وبالرغم من تدخل المشرع بموجب لائحة ١٩٦٧ لإزالة جل هذه العوائق الا ان بعض الشركات القليلة لازالت تلجأ الى اسلوب الشركة المدنية العقارية فى سبيل تنفيذ عقود التأجير التمويلى العقارى [(١)] .

٥٤ - وتبدأ العملية بتأسيس شركة مدنية عقارية ، وهى شكل من اشكال الشركات فى فرنسا ، بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد . ويحوز المستفيد الجانب الاكبر لحصص رأسمال هذه الشركة بينما لا تساهم شركة التأجير التمويلى الابقدر ضئيل[(٢)]. ومع ذلك يتم تعيين شركة التأجير التمويلى كمدير نظامى للشركة [(٣)].

وعند تأسيس الشركة المدنية العقارية يتحول محور العملية اليها : فهى التى تقوم بشراء العقار او شراء الارض التى تقام عليها المبانى ، واذا كانت الارض مملوكة للمستفيد تستأجرها منه الشركة المدنية العقارية بموجب عقد ايجار بنائى او بموجب عقد ايجار حكرى [(٤)].

وتتولى شركة التأجير التمويلى بوصفها مدير الشركة المدنية العقارية البحث عن سبل تمويل شراء او بناء العقار ، فى حين يتم استلام العقار المشترى او بناء العقار تحت مسئولية المستفيد الكاملة .

ويدخل العقار ضمن اصول الشركة المدنية العقارية التى تكون مملوكة لها ، وهى التى تقوم بتأجيره الى المستفيد ، وتكون مدة الايجار غير قابلة للالغاء يلتزم خلالها المستفيدباداء الدفعات النقدية المتفق عليها .

٥٥ - ويترتب على ذلك ان الشركة المدنية العقارية ترتبط بالشريكين فيها بعلاقات قانونية متباينة الطبيعة . فهى ترتبط بشركة التأجير التمويلى بموجب عقد

---

(١) على سبيل المثال شركة LOCAMUR وهى من الشركات المتخصصة فى التأجير التمويلى العقارى.

(٢) PACE : Pratique ..., op.Cit., P. C14 . OUERDRAOGO , op. Cit., P.31.

(٣) CABRILLAC, Op . Cit., No. 108 .

(٤) BOSC, op .Cit ., P.9 .

قرض بينما ترتبط بالمستفيد بموجب عقد التأجير التمويلى . ومؤدى ذلك ان الشركة المدنية العقارية عندما تقبض الاجرة من المستفيد فانها تدفع الى شركة التأجير التمويلى الشق الخاص باصل المال المقرض بالاضافة الى الفائدة المقررة للقرض . وتعامل شركة التأجير التمويلى ضريبيا على هذا الاساس . اما الضريبة التى تفرض على الربح الناتج عن العملية فيتم قياسه بالنظر الى حساب الارباح والخسائر الخاص بالشركة العقارية ، على ضوء قيمه اصولها ونفقاتها المختلفة ، مع مراعاة مكافأة المدير المقررة لشركة التأجير التمويلى التى تعتبر من قبيل نفقات الشركة المدنية العقارية .

وهكذا يؤدى ازدواج اشخاص القانون الذين يساهمون فى تنفيذ عملية التأجير التمويلى بين شركة التأجير التمويلى والشركة المدنية العقارية الى التقليل من اعباء الضرائب المباشرة التى تفرض على الشركة المؤجرة (١) .

٥٦ - وفى نهاية مدة الايجار يكون للمستفيد تملك حصة شركة التأجير التمويلى فى الشركة المدنية العقارية (٢) . وهى حصة ضئيلة لاتشكل عبئا ماليا يذكر على عاتق المستفيد . ويترتب على ذلك ان يصبح المستفيد الشريك الوحيد فى هذه الشركة لتركيز حصصها فى شخصه ، فتنقضى الشركة بقوة القانون وتؤول اصول الشركة وتتمثل فى العقار المؤجر الى المستفيد . وهكذا تنتقل ملكية العقار خالصة الى المستفيد (٣) .

وقد يطالب المستفيد شركة التأجير التمويلى بالنزول عن الحصص المملوكة لها فى الشركة المدنية العقارية الى شخص يحدده المستفيد . ويترتب على ذلك ان تظل الشركة قائمة بين المستفيد والغير . الا ان المستفيد يتفادى بذلك فرض الضريبة على

---

(١) والشركة التى يتم تأسيسها لأجل ترتيب تلك الآثار الضريبية تعرف فى فرنسا تحت اسم- Société Ecran

(٢)- PACE: Pratique..., op.Cit., P.C15. RODIERE et RIVES-LANGE,op. Cit., P. 422 N0 341.

(٣) OUERDRAOGO, op .Cit., P.333.

فائض قيمة العقار الناتجة عن تملكه اياه [1] . ويجب ان تستند علاقة المستفيد بالغير الى اتفاق يبرم بينهما ينظم حقوقهما والتزاماتهما داخل الشركة ، الا انها علاقة تتجاوز نظام التأجير التمويلى .

وجدير بالاشارة الى ان الضريبة العقارية لاتسرى على ايلولة الاصول العقارية الى الشركاء عند تصفية الشركة [2] ، وبالتالى يسمح نموذج الشركة المدنية العقارية بتفادى الاعباء المالية الناشئة عن فرض الضريبة العقارية .

٥٧ - ويتضح من ذلك ان تنفيذ التأجير التمويلى من خلال تأسيس شركة مدنية عقارية لايتميز فى جوهره عن تنفيذ التأجير التمويلى العقارى بوجه عام : ففى كل الفروض تقوم شركة التأجير التمويلى بتمويل شراء او بناء العقار ويتحمل المستفيد المخاطر الناشئة عن استلام العقار او بنائه ، كذلك تكون شروط الايجار واحدة. ومع ذلك تتميز هذه الصورة الخاصة بكيفية تنفيذ عملية التأجير التمويلى العقارى بالآلية التى يتحقق بها انتقال ملكية العقار الى المستفيد فى نهاية مدة الايجار اذ يترتب هذا الاثر تطبيقا لاحكام انقضاء وتصفية الشركات [3] .

واذا كانت الشركة المدنية العقارية هى التى تمتلك العقار وتظل مالكة له طوال مدة الايجار ، فإن شركة التأجير التمويلى هى التى تهيمن على هذه الشركة بوصفها

---

(١) ذلك ان مدة عقود التأجير التمويلى العقارى مهما كانت طويلة فإنها تقل عن العمر الافتراضى للعقار ، ويترتب على ذلك ان تكون قيمته السوقية وقت تملك المستفيد له عالية وتفوق فى كل الاحوال قيمته المحاسبية المتبقية . والفرق بين القيمتين يمثل فائض قيمة العقار عند انتقال ملكيته الى المستفيد وهو يخضع للضريبة العقارية بالرغم من عدم الوفاء باى ثمن مقابل التملك . انظر:
OUER DRAOGO ,Op . Cit, P.333 .

(٢) LEQUIN, Op.Cit , P.35 .

(٣) وتبدو جليا اوجه الشبه بين انتقال ملكية العقار الى المستفيد فى هذا الفرض وانتقال ملكيته على إثر انقضاء الايجار البنائى او الايجار الحكرى ، ففى كلا الفرضين لا يتوقف الامر على اعلان ارادى من جانب المستفيد ، فضلا عن عدم خضوع انتقال الملكية للضريبة العقارية فى الفرضين . فى هذا المعنى : OUERDRAOGO, Op . Cit , p.330

مديرها النظامى. والامر يبدوكأن صلب التأجير التمويلى يتمثل فى عدم اكتساب المستفيد لملكية المال المؤجر ابتداء ، مع ان مآله الى اكتساب هذه الملكية . ويتأكد بذلك ان لملكية المال المؤجر دورا مؤقتا تفيد منه شركة التأجير التمويلى خلال مدة الايجار.

٥٨ - تتنوع اذن فروض التأجير التمويلى العقارى ، وتختلف فى كل منها حدود الدور الذى تقوم به شركة التأجير التمويلى مما له انعكاسه على نطاق التزامات المستفيد وحقوقه . واهم ما يترتب على ذلك هو تنوع الآليات التى يتحقق بها انتقال مليكة العقار المؤجر الى المستفيد . ولكن على ضوء هذا التنوع بتأكد لنا حرص شركات التأجير التمويلى على الإحتفاظ بملكية العقار طوال مدة الاتفاق وسعيها الى نقل هذه الملكية الى المستفيد فى نهاية هذه المدة . وكأن شركة التأجير التمويلى بقدر ما تسعى الى تملك المال ابتداء تسعى الى التخلص منه انتهاء .

ويتعين علينا الآن بحث مدى تعبير المشرع الفرنسى عن مختلف فروض التأجير التمويلى العقارى كما يشهدها العمل فى فرنسا من خلال تعريفه لهذه العملية .

ثانيا : التعريف التشريعى للتأجير التمويلى العقارى :

٥٩ - تعرف المادة الاولى فقرة ثانيه من قانون ١٩٦٦ المعدلة بموجب لائحة ١٩٦٧ عمليات التأجير التمويلى العقارى بأنها تلك العمليات التى بموجبها يقوم احد المشروعات بتأجير اموال عقارية مخصصة لاغراض امتهانية والتى يشتريها المشروع او يتم بناؤها لحسابه ، اذا كانت هذه العمليات ايا كانت طبيعتها القانونية تسمح للمستأجرين بتملك جميع الاموال المؤجرة او بعضها فى موعد اقصاه انتهاء الايجار ، وذلك اما عن طريق تنفيذ وعد منفرد بالبيع ، واما عن طريق اكتساب ملكية الارض التى اقيمت عليها المبانى المؤجرة سواء كان اكتساب ملكية الارض بطريق مباشره او غير مباشره ، واما عن طريق انتقال ملكية المبانى المقامة على ارض مملوكة

للمســتأجر بقوة القانون [1] .

وبداءة يثير التعريف المتقدم بعضا من الملاحظات التى ترد على تعريف المشرع الفرنسى للتأجير التمويلى للمنقولات : قطعية المشرع فى تكييف العلاقة الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد على انها علاقة ايجارية ، اشتراط الوساطة المالية حيث يسبق التأجير شراء شركة التأجير التمويلى للعقار او بناؤه لحسابها ، وامكانية تملك جميع اوبعض الاموال المؤجرة . ومن جانب آخر لا يواجه المشرع فرض مد الايجار ، كما لا يشير النص الى كيفية تحديد الاجرة المقررة لشركة التأجير التمويلى .

اما مايميز تعريف المشرع الفرنسى للتأجير التمويلى العقارى فهو من جهة اولى تحديد طبيعة الاموال التى يرد عليها ، ومن جهة ثانية استعراض الآليات التى يتحقق بها انتقال ملكية الاموال المؤجرة الى المستفيد فى موعد اقصاه انتهاء الايجار، ومن جهة اخيرة سكوته عن اية اشارة الى مقابل تملك الاموال المؤجرة .

أ) طبيعة العقارات التى يرد عليها التأجير التمويلى :

٦٠ - طبقا لنص قانون ١٩٦٦ يرد التأجير التمويلى العقارى الخاضع لأحكامه على الاموال العقارية المخصصة لاغراض امتهانية Biens immobiliers à usage professionnel.

ولاشك اولا ان العبارة المتقدمة اكثر عمومية من نص المشرع بخصوص التأجير

---

(١) "les opérations par lesquelles une Entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires, de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à L'expiration du bail, soit par cession en exécution d'un promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire ".

التمويلى للمنقولات ، اذ لايرد الا على المعدات الانتاجية وادوات العمل ، ثم اضيف الى ذلك المحال التجارية والحرفية وعناصرها المعنوية .

ولكن لا تفضى عمومية العبارة التى استخدمها المشرع الى ان التأجير التمويلى العقارى يمكن ان يرد على الحقوق العينية فضلا عن وروده على الارض والمبانى ، وهو ما قد يوحى به اصطلاح « الاموال العقارية » الوارد فى تعريف المشرع [١]. فالمشرع الفرنسى بتكييفه لعقد التأجير التمويلى على انه عقد ايجار اساسا لا يتصور وروده الاعلى الاشياء ، ولايشهد العمل فى فرنسا مطلقا ورود التأجير التمويلى على الحقوق العينية العقارية ، وهو فضلا عن ذلك فرض لم يطرحه او يتصوره الفقه الفرنسى [٢] .

ويرى البعض ان مدلول الاموال العقارية يشمل كلا من العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص [٣] . ولكن يلاحظ انه يشترط لاعتبار المال من قبيل العقار

---

(١) حول مفهوم الاموال بوجه عام والاموال العقارية بوجه خاص فى القانون الفرنسى انظر :
CARBONNIER : Droit civil , Tome 3: Les biens, Thémis Droit , PUF Paris , 9° édition 1984, P. 64 . et .s. WEILL :Droit civil des Biens, Précis Dalloz , 1970 , Paris , P .2 et 3, No 3.

(٢) ويلاحظ انه لايشترط لصحة الايجار ان يكون المؤجر مالكا للعين المؤجرة ، فيصح بالتالى ان يكون متمتعا بحق انتفاع بالعقار يخوله سلطة تأجيره الى الغير .انظر فى ذلك
MARTY ET RAYNAUD : Droit civil, les biens, 2° édition 1980, Sirey Paris , P. 107 No 72 .

ولكن لمثل هذا الوضع عيوبه بالنسبة الى المؤجر، فمن جانب لا يكون الايجار الذى تزيد مدته عن تسع سنوات نافذا فى مواجهة مالك الرقبة (op. cit, P .112 No. 74 -1) ومن جانب آخر يفرض القانون عدة التزامات على عاتق المؤجر (op . cit , P. 119 et s .) . ويضاف الى ذلك فيما يتعلق بالتأجير التمويلى ان حق الانتفاع لا يمثل بالنسبة الى شركة التأجير التمويلى ضمانا له فعالية حق الملكية ، رغم انه من المقرر ان للمنتفع حق رفع دعوى استحقاق العقار فى حالة افلاس المستأجر .

(٣) BEY etGAVAL DA: Le crédit - bail immobilier, op. cit, P.30.BIRBES : Aspects juridiques du crédit - bail immobilier . , Cahiers du Droit de L' Entreprise , mars - avril 1972 P .7 .

بالتخصيص ان يكون مملوكا لمالك العقار بطبيعته الذى رصد المنقول لخدمته او استغلاله، وبالتالى لا يتصور ورود عملية تأجير تمويلى عقارى على عقار بالتخصيص استقلالا عن ورودها على العقار بطبيعته ، والا اختلف شخص مالك العقار بالتخصيص - شركة التأجير التمويلى - عن شخص مالك العقار بطبيعته - المستفيد - فيفقد المال وصفه كعقار بالتخصيص .

٦١ - ويقضى القانون الفرنسى بان عمليات التأجير التمويلى الخاضعة لاحكامه هى تلك الواردة على عقارات مخصصة لاغراض امتهانية ، وبالتالى يكون وجه التخصيص شرطا من شروط تطبيق قانون ١٩٦٦ على التأجير التمويلى العقارى (١) .

ومؤدى ذلك ان العبرة تكون بطبيعة النشاط الذى يزاوله المستفيد دون ادنى اعتداد بصفة المستفيد ذاته (٢) . وبالتالى يمكن للتأجير التمويلى الورود على عقار يزاول من خلاله عدة تجار نشاطا تجاريا وان تباينت طبيعة التجارة او نوعها ، وهذا ما يعرف بالمراكز التجارية Centres commerciaux (٣) . فليس ثمة مايمنع تجمع عدد من الاشخاص لأجل مزاولة نشاطهم من خلال عقار واحد يتم تمويل الحصول عليه عن طريق التأجير التمويلى .

ويبين من عبارات النص انه يكفى تخصيص العقار لغرض امتهانى بغض النظر عن طبيعة النشاط الذى يرصد العقار لخدمته ، اى سواء أكان النشاط صناعيا ام تجاريا ام حرفيا ام زراعيا او حتى من قبيل المهن الحرة (٤) .

الا ان الخلاف قد ثار فى الفقه الفرنسى على اثر صدور نشرة عن

---

(١) BEY et GAVALDA , op.cit , P.30 .

(٢) SAUCEDO - POLO : Application du crédit - bail en matière immobi-lière, Thése , Nice , 1970 , P. 54 .

(٣) SOLAL :Le crédit - boil immalilier , op . cit , P89 .

(٤) BALME , op. cit , No. 54 . PRISSE :La définition des bénéfices in-dustriels et commerciaux. Les divergences entre le Droit commun et le Droitr fiscal ,Thèse Droit , Bordeaux, 1974, P. 269 .

وزير الاقتصاد والمالية الفرنسى بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٦٨ ، وقد نصت النشرة المذكورة على ان عمليات التأجير التمويلى العقارى الخاضعة لأحكام قانون ١٩٦٦ تقتصر على تلك الواردة على العقارات المخصصة لاغراض صناعية وتجارية (١).

والواقع ان هذا التضيق من نطاق التأجير التمويلى العقارى يرتبط بالمزايا الضريبية التى تمنحها الدولة الفرنسية تشجيعا لهذا النشاط ، ولذلك اعرب البعض عن اسفه لما تتضمنه النشرة الوزارية المذكورة من تضييق لهذا النطاق على اعتبار ان التأجير التمويلى العقارى يمكنه ان يلعب دورا هاما فى حل مشاكل التمويل التى تعانى منها المشروعات غير الصناعية والتجارية وبصفة خاصة المشروعات الزراعية الفرنسية (٢) .

وترتب على صدور نشرة ١٩٦٨ ان ضاق نطاق الاجماع الذى انعقد عليه الفقه حول تفسير العقار المؤجر طبقا لقانون ١٩٦٦ ، فلم يعد منعقدا الا على استبعاد العقارات غير المخصصة لخدمة ثمة نشاط من هذا المفهوم من جانب (٣) وعلى خضوع العمليات الواردة على عقارات مخصصة لاغراض صناعية وتجارية لأحكام قانون ١٩٦٦ من جانب آخر (٤) . وتشمل هذه الاغراض فضلا عن الصناعة وتجارة الجملة وتجارة التجزئة مختلف انواع الخدمات واعمال البنوك و التأمين (٥) .

اما فيما يتعلق بالانشطة غير الصناعية أو التجارية فقد ثار بشأنها الخلاف . فقد اعتد البعض بما تضمنته نشرة ١٩٦٨ من احكام فأستبعد بالتالى من نطاق تطبيق قانون ١٩٦٦ عمليات التأجير التمويلى الواردة على عقارات مخصصة لمزاولة نشاط زراعى او حرفى او لممارسة المهن الحرة ، وكذلك العقارات المخصصة للقيام ببعض

(١) BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op.Cit , Fasc.650.No. 54.

(٢) BIRBES, op , Cit , P.8.

(٣) BEY et GAVALDA,op .Cit ., P .32 . BALME , op .Cit , No. 54 .
PACE: Economie ..., op . Cit , P.63 .

(٤) BEY et GAVALD,op .Cit ., P . 32 .

(٥) BALME, op. Cit., NO. 54 . SAUCEDO - POLO , op .Cit., P. 54 .
BIRBES, op.Cit., P.6 .

الانشطة العمالية كمقار لجان المشروعات Comités d'entreprise [1].

وعلى عكس ذلك اتجه رأى آخر الى تفسير مضمون نشرة ١٩٦٨ تفسيراً ضيقا بقوله ان شرط تخصيص العقار لغرض صناعى او تجارى انما هو مقصور على العمليات التى تزاولها الشركات العقارية للتجارةوالصناعة [2]. وهى شكل خاص من اشكال الشركات فى فرنسا استحدثته اللائحة التنظيمية رقم ٦٧ - ٨٣٧ بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ ويقتصر نشاطها على تأجير العقارات المخصصة لأغراض امتهانية سواء تم فى صورة ايجار تقليدى او فى صورة تأجير تمويلى. وبناء عليه يمكن لاصحاب المشروعات غير الصناعية او التجارية اللجوء الى التأجير التمويلى العقارى، وتخضع العملية لأحكام قانون ١٩٦٦ بشرط ان تزاولها شركة تأجير تمويلى لا تتخذ شكل الشركة العقارية للتجارة والصناعة [3]. ومع ذلك يستبعد الرأى المتقدم من نطاق تطبيق قانون ١٩٦٦ العمليات الواردة على العقارات المخصصة لأغراض زراعيه حيث يتعارض تأجير الأرض الزراعية مع طبيعة التأجير التمويلى، ولا يمد بالتالى نطاق تطبيق القانون الا على العمليات الواردة على العقارات المخصصة لأغراض حرفية او لاغراض المهن الحرة [4].

ونرى من جانبنا صحة ماذهب اليه الرأى المتقدم فيما يتعلق بعدم قصر نطاق تطبيق قانون ١٩٦٦ على التأجير التمويلى الوارد على العقارات المخصصة لاغراض صناعية وتجارية . ذلك ان تحديد غرض الشركة العقارية للتجارة والصناعة يفيد هذا المعنى : فالمادة الخامسة بند (ب) من لائحة ١٩٦٧ تنص على قصر غرض هذه الشركة على تأجير العقارات المخصصة لأغراض امتهانية ، ويؤكد التقرير المقدم الى رئيس الجمهورية الفرنسية والمرفق باللائحة على ان المقصود بالعقارات فى هذا الصدد العقارات غير المجهزة Immeubles non équipés [5]. وازاء التردد حول تحديد

---

(١) SAUCEDO - POLO, op. cit., p. 55. BEY et GAVALDA, op.Cit.,P.32. PACE : Economie ..., op .Cit ., P.63 .

(٢) Sociétés Immobili ères pour le Commerce et l' Industrie
والتى تعرف اختصارا فى فرنسا بحروفها الاولى SICOMI.

(٣) BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op.Cit., Fasc . 650 , No .54.

(٤) op . Cit , Fasc . 650, No. 55 .

(٥) SOLAL, op. Cit , P. 94 , BEY et GAVALDA , op . Cit ., P.34 .

المقصود بالعقار غير المجهز [1] ، جاءت النشرة الوزارية فى عام ١٩٦٨ لتحديد غرض الشركات العقارية للتجارة والصناعة على نحو منضبط فجعلته مقصورا على تأجير العقارات المخصصة لأغراض صناعية وتجارية [2] .

ويضاف الى ذلك ان المشرع الفرنسى لم يفرض على شركات التأجير التمويلى العقارى اتخاذ شكل الشركة العقارية للتجارة والصناعة بل ان الامر جوازى لها [3]. وبالرغم من المزايا العديدة التى تمنحها لائحة ١٩٦٧ فى حالة اتخاذ هذا الشكل الخاص الا انه يمكن مزاولة التأجير التمويلى العقارى دون ان تتخذ الشركة المؤجرة هذا الشكل ، ويظل نشاطها مع ذلك خاضعا لأحكام قانون ١٩٦٦ [4]. ويترتب على ذلك ان هناك من الاحكام التشريعية ما ينطبق على شركات التأجير التمويلى العقارى قاطبة بينما تخص بعض الاحكام الاخرى - وهى تلك التى استحدثتها لائحة ١٩٦٧ - الشركات العقارية للتجارة والصناعة .

٦٢ - خلاصة القول ان عمليات التأجير التمويلى العقارى الخاضعة لأحكام قانون ١٩٦٦هى كافة العمليات الواردة على العقارات المخصصة لأغراض امتهانية ايا

---

(١) فعلى سبيل المثال يرى البعض ان مدلول العقار غير المجهز يشمل المبانى والمنشآت والاراضى المخصصة لاغراض امتهانية بشرط عدم تزويدها باية مهمات لازمة لمزاولة النشاط ، بينما يرى البعض الآخر شموله كافة الابنية كعقارات السكنى والمصانع والمخازن وكذلك الأراضى المخصصة لاغراض امتهانية كالمواقع او المستودعات : BIRBES, op ,Cit , P.6

(٢) ويلاحظ ان النشرات الوزارية لا تتمتع بقوة ملزمة على غرار القانون ، ولكن العمل فى فرنسا استقر على الاعتراف بدورها التفسيرى لارادة المشرع ويترتب على ذلك إعمالها اسوة بالقانون .

(٣) CABRILLAC, op . Cit , No. 113 .

(٤) وجدير بالاشارة فى هذا الصدد ان الغاية الاساسية من اصدار قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ الخاص بالتأجير التمويلى فى فرنسا تمثلت فى اخضاع شركات التأجير التمويلى للنظام القانونى الخاص بالبنوك او بالمؤسسات المالية فى ذلك الوقت . وهذا ما تقضى به المادة الثانية من القانون . وبالتالى ارتأى المشرع الفرنسى اخضاع تلك الشركات لأحكام الرقابة المفروضة على البنوك والمؤسسات المالية ، ولم يكن تعريف التأجير التمويلى الا سبيلا لتحديد الشركات التى تخضع لهذه الرقابة . ولا تكون هناك اذن جدوى من محاولات التضييق من نطاق التأجير التمويلى الخاضع لأحكام قانون ١٩٦٦ ، مالم يكن ذلك طبقا لنصوص المشرع ذاته .

كانت طبيعة النشاط او المهنة ، الا انه فى حالة اتخاذ شكل الشركة العقارية للتجارة والصناعة يقتصر غرض الشركة على تأجير العقارات المخصصة لأغراض صناعية أو تجارية .

ومع ذلك يراعى ان المشرع الفرنسي لا يعرض للارض كعنصر من عناصر عملية التأجير التمويلى الا بوصفها احد عنصرى العقار الذى يتم تأجيره ، بل ان فى بعض الفروض يتضح ان الارض لا تكون محلا للتأجير التمويلى بالمعنى الدقيق ويكون ذلك فى فرض ملكية المستفيد للارض التى تشيد عليها المبانى المؤجرة . و اذ يشهد العمل تأجير العقارات المبنية بما قد يلحق بها من ارض فى اغلب الفروض يتضح من ذلك أن المبانى هى المحل الريئسى لا لتزام شركة التأجير التمويلى . ومؤدى ذلك ان تأجير الأراضى المخصص، سواء كانت الارض ارضا فضاء او ارض مبانى او ارضا زراعية لا يشمله التأجير التمويلى العقارى بمفهومه القانونى .

ب) انتقال ملكية العقار الى المستفيد :

٦٣ - طبقا لنص المشرع الفرنسي يجب ان تخول عمليات التأجير التمويلى العقارى المستفيد تملك الاموال المؤجرة فى موعد اقصاه انتهاء الايجار. ويتضح من ذلك انه لا يلزم بالضرورة ان يتحقق انتقال الملكية الى المستفيد فى نهاية مدة الايجار وانما يمكن الاتفاق على امكانية تحقق ذلك قبل هذا الموعد .

ولايذهب المشرع ابعد من ذلك ، فيكون الامر اذن منوطا باتفاق الطرفين. وبالتالى يمكن الاتفاق على عدم قابلية مدة الايجار للالغاء ولا يكون للمستفيد تملك المال المؤجر الا فى نهاية هذه المدة . كما يمكن الاتفاق على جواز تملك لمستفيد للعقار خلال مدة الايجار طبقا للاوضاع التى يحددها العقد . وكثيراً ما تخول شركات التأجير التمويلى المستفيد حق تملك العقار وانما يكون ذلك عادة فى اعقاب الوفاء بعدد من اقساط الاجرة يحدده الاتفاق [1] . ويرتبط إعمال المستفيد لهذه المكنة

---

(١) N'DIZI,op.Cit ., P.176 .

بالتزامه بالوفاء بثمن العقار كما يحدده العقد [١] . وسوف نعود الى بحث المسألة بصدد الحديث عن النظام القانونى لعقد التأجير التمويلى .

٦٤ - ومن جهة اخرى يحدد المشرع الآليات التى يتحقق بها انتقال الملكية الى المستفيد ، فيكون ذلك من جانب اول تنفيذا لوعد منفرد بالبيع . ويلاحظ ان المشرع حسم تكييف الكيفية التى يتحقق بها انتقال ملكية العقار الى المستفيد فى هذا الفرض بانها تنفيذ لوعد منفرد بالبيع[٢]. وقد قصد المشرع من ذلك التأكيد على التزام شركة التأجير التمويلى بنقل ملكية العقار الى المستفيد مع توقف الامر على اعلان ارادى من قبل هذا الاخير بقبول التملك . وهو من جانب آخر يقطع المشرع بعدم انتقال الملكية الى المستفيد باثر رجعى . الا ان الامر لا يحول دون اعادة النظر فى تكييف اتفاق الطرفين على يانه وعد منفرد بالبيع كما سنرى بعد قليل .

ويخص الحكم المتقدم فرض العقار الذى سبق بناؤه و الذى تقوم شركة التأجير التمويلى بشرائه لأجل تأجيره الى المستفيد [٣] ، وهو الفرض المطابق لتأجير المنقولات تأجيرا تمويليا كما رأينا .

٦٥ - والصورة الثانية لكيفية انتقال ملكية العقار الى المستفيد تتمثل فى اكتساب حق ملكية الارض التى شيد عليها البناء سوآء بطريق مباشر او غير مباشر. فلا شك انه يكفى المستفيد تملك الارض لكى تنتقل اليه ملكية المبانى تطبيقا لأحكام الالتصاق العقارى [٤] . ولكن يجب تحديد المقصود باكتساب ملكية الارض بطريق مباشر أو غير مباشر .

---

(١) PACE : Pratique ..., op .cit ., P.B10 .

(٢) ولقد رأينا من قبل ان المشرع الفرنسى ، وهو بصدد تعريف التأجير التمويلى للمنقولات ، لم يتعرض للطبيعة القانونية للآلية التى يتحقق بها انتقال ملكية المنقول الى المستفيد ، ولكنه فى المقابل نص على ضرورة اخذ ما تم الوفاء به من اقساط الاجرة فى الاعتبار عند تحديد ثمن المنقول فى حين سكت المشرع عن النص على ذلك عند انتقال ملكية العقار الى المسفيد بموجب تنفيذ الوعد بالبيع .

(٣) BEY et GAVALDA , op . cit., P.48 . BOSC , op . cit.,P.10.

(٤) وذلك تطبيقا للمواد ٥٥٢ ومابعدها من التقنين المدنى الفرنسى .

لابد ان نشير بداءة الى ان الارض من الأموال التى لا ترد عليها ميزة الاستهلاك الضريبى اى مكنة خصم اهلاكها من الوعاء الضريبى للمشروع الذى يمتلكها [1] ، وذلك على اعتبار انها تمثل اصلا لا تتناقص قيمته مع مرور الزمن خلافا للمعدات الانتاجية او المبانى . وحيث ان شركات التأجير التمويلى تفيد ولاشك من ميزة الاستهلاك الضريبى بوصفها المالكة للاصول التى تؤجرها الاانها لا تتمتع بادنى ميزة فى هذا الصدد بالنسبة الى الارض [2] . ويترتب على ذلك انه فى الفرض الذى تشترى فيه الشركة الارض من الغير تمهيدا لتشييد البناء عليها تكون القيمة المتبقية للعقار ككل مرتفعة نسبيا اذ لا يتم اهلاك الارض مطلقا ويتحقق هلاك المبانى بصورة جزئية . وقد ينتج عن ذلك الاتفاق على نقل ملكية الارض الى المستفيد تنفيذا لوعد منفرد بالبيع مقابل الوفاء بثمن الارض الذى يقارب قيمتها السوقية [3] . ويكون اكتساب حق ملكية الارض فى هذا الفرض بطريق مباشر .

اما تملك الارض بطريق غير مباشر فيكون فى الفرض الذى تتنزل فيه شركة التأجير التمويلى عن الحصص التى تملكها فى الشركة المدنية العقارية التى تأسست بينها وبين المستفيد . واذ تملك الشركة المدنية العقارية الارض فإن ملكيتها تنتقل الى المستفيد على اثر انقضائها وتصفيتها ، ويتملك المستفيد تبعا لذلك المبانى المقامة عليها [4] .

ويلاحظ فى هذا الصدد ان المشرع الفرنسى نص على انتقال ملكية الارض الى المستفيد رغم ان العمل يجرى على انتقال ملكية العقار اى الارض وما عليها من بناء بآلية او كيفية واحدة . الا ان الامر يفضى الى استهلاك الارض فى واقع الامر من خلال عقد التأجير التمويلى وهو مالا يسمح به المشرع طالما ذهب الى الفصل بين

---

(١) CAPORALE,op . Cit , P.114 .

(٢) GAUDRION,op.Cit., P.73. OUERDRAOGO,op.Cit., P. 103 .

(٣) LEQUIN,op.Cit.,P.30.CAPORALE,op.Cit., P. 114 . BALME,op. Cit., No. 108. SOLAL,op .Cit., P.91.

(٤) OUERDRAOGO,op .Cit . P. 334 .

انتقال ملكية الارض وانتقال ملكية المبانى ، وان انتقلت ملكية المبانى بقوة القانون تطبيقا لاحكام الالتصاق العقارى . ومع ذلك لم يشترط المشرع ان يتم نقل ملكية الارض مقابل اداء قيمتها السوقية ، وهو بذلك يعتد بما يجرى عليه العمل كما سنرى بعد قليل . وفى كل الاحوال يدل اتجاه المشرع على ادراكه ان اقساط الاجرة تغطى كامل قيمة المبانى .

٦٦ - واخيرا ينص المشرع الفرنسى على امكانية تحقق انتقال ملكية المبانى الى المستفيد بقوة القانون فى الفرض الذى تم فيه بناؤها على ارض مملوكة للمستفيد . وفى ذلك اقرار من المشرع باللجوء الى ابرام عقد ايجار بنائى للارض او عقد ايجار حكرى كما يجرى عليه العمل .

ويلاحظ ان المشرع بنصه على وجوب انتقال الملكية الى المستفيد فى موعد اقصاه انتهاء الايجار فإنه لا يسمح بانتهاء مدة ايجار المبانى دون ان يكون فى الامكان انتقال ملكيتها الى المستفيد مما يفترض معه ان تكون كل من مدة ايجار الارض وايجار المبانى واحدة فينقضيان معا .

واذا اتفق على امكانية تملك المبانى قبل انقضاء مدة تأجيرها فلاشك اذن ان نفاذ ايجار الارض يكون معلقا على شرط تنفيذ ايجار المبانى ، مع مراعاة ان زوال الايجار بوصفه من عقود المدة لا يكون باثر رجعى وبالتالى لا يكتسب المستفيد ملكية المبانى الا من وقت إعمال خياره بالتملك قبل انقضاء مدة تأجيرها .

حـ) مقابل تملك المستفيد :

٦٧ - لم يشر نص المادة الاولى فقرة ثانية من قانون ١٩٦٦ الى عنصر مقابل تملك الارض من قبل المستفيد . ويرجع ذلك الى تعدد فروض التأجير التمويلى العقارى وتنوع الآليات التى يتحقق بها انتقال الملكية الى المستفيد . ويجب تفسير سكوت المشرع على انه تقنين لما يجرى عليه العمل :

فإن كانت ملكية المبانى تنتقل اليه بقوة القانون ، فإن مقتضى احكام الايجار البنائى او الايجار الحكرى عدم تعويض مستأجر الارض عن قيمة المبانى التى اقامها

على هذه الارض . وبالتالى لا مجال فى هذا الفرض للحديث عن ثمن تملك المبانى والفرض بطبيعة الحال هو استرداد كامل ثمنها من خلال اقساط الاجرة .

اما اذا انتقلت ملكية العقار الى المستفيد على اثر انقضاء الشركة المدنية العقارية فإن ما يوفى به المستفيد تحقيقا لهذه الغاية هو مقابل تملك حصص شركة التأجير التمويلى فى الشركة التى تم تأسيسها بين الطرفين . ولا مجال فى هذا الفرض للحديث عن مقابل لتملك العقار ذاته . وحيث ان الحصص المذكورة ضئيلة القيمة فإن الفرض هنا ايضا هو استرداد شركة التأجير التمويلى لرأسمالها المستثمر فى تملك العقار من خلال اقساط الاجرة .

واذا انتقلت ملكية العقار الى المستفيد تنفيذا للوعد المنفرد بالبيع فليس ثمة ما يمنع ان يكون ذلك مقابل ثمن رمزى مما يعد تقنينا لما يجرى عليه العمل من تحديد ثمن العقار بفرنك واحد . ولا يمكن القول باعتراض المشرع على ذلك فى حين يسمح بحل مماثل فى حالة تأسيس الشركة المدنية العقارية بل دون ان يكون هناك ادنى مقابل فى حالة إعمال قواعد الالتصاق العقارى .

ومع ذلك رأينا ان الارض من الاموال التى لا يسمح فى شأنها باستهلاكها ضريبيا . والواقع ان تحديد ثمن تملك المستفيد للعقار بما يشمله من ارض ومبان فيه تحايل على احكام الاستهلاك الضريبى . ولذلك تثير دائما الادارة الضريبية فى فرنسا ما قد يكمن وراء نقل الملكية من فائض قيمة يتحقق للمستفيد على ضوء اختلاف قيمة الارض السوقية عن قيمتها المقيدة فى دفاتر شركة التأجير التمويلى التى تلتزم فى هذا الشأن بالأحكام الضريبية . لذلك تحدد بعض العقود النادرة للتأجير التمويلى العقارى ثمنا لتملك المستفيد للعقار يقارب قيمة الارض السوقية [١] .

٦٨ - واذا كان يصعب اعادة تكييف الاتفاق على ضوء قيمة مقابل تملك المستفيد للعقار فى الفرض الذى يتم فيه شراء حصص شركة التأجير التمويلى فى الشركة المدنية العقارية ، الا ان الجدل قد ثار حول طبيعة الوعد بالبيع الذى بموجب

---

(١) BENAC - SCHMIDT, op. Cit ., P. 56 .

تنفيذه يتملك المستفيد العقار . فقد ذهب البعض الى ان المشرع يشترط ان يكون الوعد المتقدم وعدا منفردا ، بمعنى ان يتقرر خيار حقيقى للمستفيد بالتملك . وتكفى قيمة الارض المالية لحمل المستفيد على تملك العقار مقابل الوفاء بفرنك واحد . فلا يمكن القول بتمتع المستفيد بخيار حقيقى ، ولذلك لا نكون فى واقع لامر بصدد وعد منفرد بالبيع بل بصدد وعد ملزم للجانبين بالبيع ، وحيث ان المشرع اشترط ان يكون الوعد منفردا فلا يجوز تحديد مقابل تملك المستفيد للعقار على نحو ما يجرى عليه العمل[1] .

الا ان الرأى الغالب يذهب الى ان العبرة تكون بعدم التزام المستفيد من الوجهة القانونية بتملك العقار وان كانت ظروف الحال سوف تحتم عليه تملكه . وتؤثر تلك الظروف على وجه قرار المستفيد ولكنها لا تنفى خياره بالتملك . وبالتالى نظل بصدد وعد منفرد بالبيع و لو تحدد ثمن المبيع بفرنك واحد[2]. وحيث أن المشرع سكت عن تحديد كيفية تحديد الثمن فليس ثمة ما يدعو إلى اعادة النظر فيما يجرى عليه العمل فى هذا الصدد .

ونرى صحة الاتجاه الثانى من وجهة الصنعة القانونية المحضة ، خاصة اذا اخذنا فى الاعتبار عدم وجود نص فى القانون الفرنسى يقابل نص المادة ٤٣٠ فقرة رابعة من القانون المدنى المصرى ، اذ على ضوء هذ النص الاخير تسرى احكام البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ولو سمى المتعاقدان البيع ايجارا ، وبالتالى متى تبين من ضآلة ثمن بيع المال المؤجر تنفيذا لوعد بالبيع ان العاقدين اخفيا بيعا بالتقسيط مع احتفاظ البائع بالملكية على سبيل الضمان فى ثوب عقد ايجار مقترن بوعد منفرد بالبيع اعتبر العقد بكل ما يشمله بيعا[3] .

---

(١) DAVID : JCP 1980 II 19377, note sous Cour d' appel de Bastia, 19 Juillet 1979. BENAC- SCHMIDT, op . Cit , P . 57 .

(٢) CAPIEZ, op .Cit., P. 71 . OUERDRAOGO, op. Cit ., P . 327 .

(٣) انظر فى ذلك : عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الرابع : البيع والمقايضة ، ف ٩٤ .

وأياً ما كان الامر فإنه يتضح جليا ان وجه انهاء العلاقة التعاقدية بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد يكون بانتقال ملكية العقار الى المستفيد ، او بعبارة اخرى تكون جميع الظروف الواقعية و القانونية مهيأة لإنهاء العلاقة على هذا النحو . و تتأكد بذلك الاهمية الموقوتة لتملك شركة التأجير التمويلى للعقار خلال مدة الايجار .

٦٩ - وعلى ضوء ما تقدم يتمثل دور شركة التأجير التمويلى طبقا لمفهوم المشرع للتأجير التمويلى العقارى فى الوساطة المالية بين بائع العقار او مقاول انشاء المبانى وبين المستفيد . وبوجه عام قام المشرع بتقنين ما يجرى عليه العمل من تنفيذ عمليات التأجير التمويلى العقارى فى فروضها المختلفة . ويتأكد ذلك ليس فقط بنصه على مختلف الآليات التى يتحقق بها انتقال ملكية العقار إلى المستفيد وانما بتحديده العناصر الجوهرية لعملية التأجير التمويلى بغض النظر عن طبيعتها القانونية .

والعلاقة التى تنشأ بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد هى علاقة ايجارية طبقا لنص المشرع بغض النظر عن المضمون الإتفاقى لهذه العلاقة الذى لا يعرض له المشرع . وإذا كان الطرف المؤجر فى فرض تأسيس الشركة المدنية العقارية هو هذه الشركة الا انها فى واقع الامر لا تكون الا ساترا ضريبيا لشركة التأجير التمويلى فلا حاجة إلى تمييزها عنها فى سائر تحليلاتنا القادمة .

المطلب الثالث

التأجير التمويلى اللاحق

٧٠ - لم يتناول المشرع الفرنسى بالتعريف صورة التأجير التمويلى اللاحق . ولقد ثار الجدل حول مدى اعتباره فرضا من فروض التأجير التمويلى الخاضع لأحكام قانون ١٩٦٦ .

ومن الجدير بالملاحظة ان العمل فى فرنسا يشهد صورة تقليدية للتأجير التمويلى اللاحق كما يشهد صوةخاصة تفرعت عنه يمكن تسميتها بالتأجير التمويلى المرتد Crédit-bail adossé .

ولذلك نعرض اولا للتعريف بالتأجير التمويلى اللاحق ثم نبحث اهم مايميز الصورة الخاصة بالتأجير التمويلى المرتد .

أولا : التعريف بالتأجير التمويلى اللاحق :

٧١ - يمثل التأجير التمويلى اللاحق سبيلا لحصول المشروعات على السيولة النقدية التى تعوزها [١] . و يتحقق ذلك عن طريق بيع المشروع لأحد اصوله الانتاجية الى شركة التأجير التمويلى ، ويكون ذلك مقابل الحصول على الثمن . الا ان المشروع يستبقى حق استعمال الاصل المبيع بموجب عقد يربطه بالشركة يطابق نموذج عقود التأجير التمويلى ، بمعنى ان المستفيد يلتزم باداء الدفعات النقدية المتفق عليها خلال مدة غير قابلة للالغاء ويكون للمستفيد فى نهايتها إعمال احد الخيارات الثلاثة : اما تملك الاصل واما مد ايجاره واما رده الى شركة التأجير التمويلى التى تكون قد احتفظت بملكيته طوال هذه المدة [٢] .

٧٢ - ولقد ثار الخلاف حول اعتبار التأجير التمويلى اللاحق من صور التأجير التمويلى الخاضعة لأحكام قانون ١٩٦٦ . فقد ذهب البعض الى انتفاء دور الوساطة المالية لشركة التأجير التمويلى لان التأجير التمويلى اللاحق لا يشهد الا تدخل طرفين فقط : الشركة والمستفيد . ويبرز فى هذه الصورة الطابع التمويلى لتدخل الشركة حيث يتمثل الإئتمان الذى تمنحه الشركة فى ثمن الاصل الذى توفى به الى المستفيد مما يؤكد تمييز هذه الصورة عن صور التأجير التمويلى الاخرى [٣] .

---

(١) BEY: De la symbiotique ..., op cit., P.15 .CREMIEUX - ISRAEL, op .cit , P.36. CAPORALE, op . cit ., P. 129. BOSC, op .cit ., P. 10 . CALAIS - AULOY,op . cit., No . 3 .

(٢) حول تعريف التأجير التمويلى اللاحق وابرز خصائصه انظر
GIOVANOLI, op .cit , P. 1 N0 .2 . PARLEANI : Le contrat de lease - back, Revue Trimestrielle de Droit Commercial,1973, P. 700. No .2.OHL,op. cit, P.4.

(٣) PACE : Pratique ..., op. cit , P. K2 .OHL, op . cit , P. 43 .

لكن الفقه الفرنسى اتجه فى عمومه الى اعتبار التأجير التمويلى اللاحق تطبيقا للتأجير التمويلى الخاضع لأحكام قانون ١٩٦٦ متى توافرت شروط تطبيقه . والحجة الرئيسية التى قيل بها تأييدا للاتجاه المتقدم ان المشرع الفرنسى وان لم يتول تعريف التأجير التمويلى اللاحق الا انه فى تعريفه للتأجير التمويلى بوجه عام يشترط ان يكون المال المؤجر قد سبق شراؤه من قبل شركة التأجير التمويلى، ولكنه لا يشترط بالضرورة شراءه من الغير . وبالتالى لا ينفى شراء الاصل من المستفيد ذاته اعتبار التأجير التمويلى اللاحق من قبيل التأجير التمويلى فى مفهوم المشرع [١] .

ويضاف الى ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسى فى المادة ٦ بند (هـ) فقرة ثانية من لائحة ١٩٦٧ من عدم استحقاق الضريبة العقارية فى حالة شراء الشركة العقارية للتجارة والصناعة لعقار وتمكين بائعه فى التو من الانتفاع به بموجب عقد تأجير تمويلى . فالمشرع الفرنسى بالنص المتقدم بواجه صورة التأجير التمويلى اللاحق. ولئن كان النص لا يعرض الا لبعض الجوانب الضريبية الا انه يتعلق بنشاط تزاوله الشركات العقارية للتجارة والصناعة . ولاشك فى خضوع عمليات التأجير التمويلى التى تقوم بها هذه الشركات لأحكام قانون ١٩٦٦ . اما وقد وصف المشرع عقد التأجير الذى يندرج فى اطار التأجير التمويلى اللاحق بانه عقد تأجير تمويلى فإن العملية برمتها تخضع لاحكام القانون المذكور .

وتطبيقا للمادة ٧ من لائحة ١٩٦٧ [٢] اصدر وزير الاقتصاد والمالية الفرنسى نشرة يفرض فيها على الشركات العقارية للتجارة والصناعة قيدا على نشاطها مؤداه مراعاة عدم تجاوز نسبة عمليات التأجير التمويلى اللاحق عن ٢٥ ٪ من اجمالى

---

(١) BACHASSON : Le crédit - bail mobilier au cas de réglement judiciaire ou de liquidation des biens du locataire, thèse Droit, Aix-Marseille, 1978, p. 322 No. 343 . GAVALDA, Op . Cit ., 2° cahier, No. 82 .

(٢) وفقا لهذا النص يكون تنفيذ اللائحة منوطا برئيس الوزراء ووزير العدل ووزير الاقتصاد والماليه ، كل فى حدود اختصاصاته .

العمليات التى تقوم بها هذه الشركات [1] . ويتأكد بذلك ان التأجير التمويلى اللاحق يعد فى النظام القانونى الفرنسى صورة خاصة للتأجير التمويلى . فمتى توافرت شروط تطبيق قانون ١٩٦٦ فإن احكامه تسرى على التأجير التمويلى اللاحق .

٧٣ - وفى نشرة صادرة عن وزير الاقتصاد والمالية الفرنسى بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٦٨ ورد تعريف للتأجير التمويلى اللاحق بأنه ذلك الاتفاق الذى بموجبه تقوم شركة التأجير التمويلى بشراء اصل سبق للمستفيد الحصول عليه على ان تقرر له على الفور الانتفاع به بموجب عقد تأجير تمويلى [2] . ويلاحظ ان التعريف المتقدم هو ذاته التعريف الذى قالت به الغرفة القومية للمستشارين الماليين [3] .

والواقع ان هذا التعريف يتوقف عند القوالب التعاقدية التى يتحقق من خلالها التأجير التمويلى اللاحق ، ولذلك فهو لا يعبر عن حقيقة الخدمة التمويلية التى تقدمها شركة التأجير التمويلى . اما تعريف الصندوق القومى لاسواق الدولة فى فرنسا فقد جاء اكثر تعبيرا عن الطبيعة الحقيقية للتأجير التمويلى اللاحق اذ يعرفه بأنه عملية ذات طابع مالى تسمح للمستفيد بالحصول على السيولة النقدية اللازمة له مقابل النزول بصفة وقتية عن ملكية احد ادوات الانتاج [4] .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها الى تعريف التأجير التمويلى اللاحق بأنه قرض مضمون برهن وارد على احدى المعدات لا يتخلى بموجبه المقترض

---

(١) BOSC , op .cit , P.12 .

(٢) " l'opération par laquelle une société de crédit - bail ach'ete 'a une entreprise un invcstissement Déjà réalisé , et le lui donne aussitôt en vertu d'un contrat de crédit - bail "

انظر فى عرض وتحليل هذا التعريف PARLEANI , op . cit , No. 2.

(٣) Chambre Nationale des Conseillers Financiers (CNCF), op. cit .

(٤) Caisse Nationale des Marchés de l'Etat (CNME) : Le lease - back. Bulletin d' information économique , N0.48, 3° trimestre 1970, . PIIA1.

عن حيازة هذه المعدة [١] . ويلاحظ على هذا التعريف ابتعاده عن القوالب التعاقدية التى يتحقق بها التأجير التمويلى اللاحق كما يبين من العمل ، اذ من الثابت ان ملكية المعدة تنتقل الى شركة التأجير التمويلى مما يتنافى وطبيعة الرهن حيث يظل المال المرهون على ملك الراهن . ولكن اهمية الحكم المتقدم تكمن فى ابرازه دور الضمان الذى تلعبه المعدة بالنسبة الى شركة التأجير التمويلى ، وانما الصحيح ان هذا الضمان يتحقق من واقع تملكها المعدة وليس ارتهانها .

وجدير بالاشارة انه ورد تعريف للتأجير التمويلى اللاحق فى القرار الصادر بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ بالاصطلاحات الاقتصادية والمالية الواجب إعمالها [٢] . وجاء فى هذا التعريف ان التأجير التمويلى اللاحق هو وسيلة بموجبها ينقل المقترض بداءة ملكية احد الاموال الى المؤجر ثم يعود ويتملكه تدريجيا بموجب ايجار يقترن به وعد منفرد بالبيع [٣] . وتبدو جلية فى هذا التعريف ايضا الطبيعة التمويلية للتأجير التمويلى اللاحق بالرغم من اشارة التعريف لعدة قوالب تعاقدية تتحقق بها العملية : القرض والبيع والايجار والوعد بالبيع .

٧٤ - وايآ كان شأن هذه التعاريف وما يكمن بينها من اختلاف فمن الثابت ان المضمون الإتفاقى لعلاقة شركة التأجير التمويلى بالمستفيد واحد فى كل من التأجير التمويلى والتأجير التمويلى اللاحق . ويكمن الاختلاف بينهما فى أنه فى حالة التأجير التمويلى تتملك الشركة الاصل من بائع اجنبى عن العقد بينما تتملكه الشركة من المستفيد ذاته فى حالة التأجير التمويلى اللاحق . فبينما نكون فى الحالة الاولى بصدد ثلاثة اشخاص يتدخلون لانجاز العملية لا يتحقق التأجير التمويلى اللاحق الا بتدخل شخصين فقط هما شركة التأجير التمويلى والمستفيد .

(١) Cour de cassation, 1° chambre civile , arrêt du 3mai 1973, Bulletin civil, 1973, I,127 .

(٢) Journal officiel, 3janvier 1974 , JCP 1974 . CI . III . 41218 .

(٣) "La technique de crédit dans la quelle l'emprunteur transfère, dès le départ , au prêteur, la propriété d'un bien que l'emprunteur rachète progressivement suivant une formule de location assortie d'une promesse unilatérale de vente " .

ولا يختلف الامر بينهما بعد ذلك وان كان يجدر الاشارة الى ان التأجير التمويلى اللاحق يرد عادة على اصول مرتفعة القيمة وكثيرا مايرد على العقارات [١] .

وجدير بالاشارة إلى أن المادة الثالثة من القانون رقم ٨٦ - ١٢ بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٦ ، وهى بصدد مد نطاق تطبيق قانون ١٩٦٦ إلى عمليات التأجير التمويلى الواردة على المحال التجارية والمحال الحرفية ، استبعدت صراحة من نطاق تطبيق القانون المذكور عمليات التأجير التمويلى اللاحق التى قد ترد على هذه المحال .

ثانيا : التأجير التمويلى المرتد :

٧٥ - يشهد العمل فى فرنسا صورة منشقة عن التأجير التمويلى اللاحق هى التأجير التمويلى المرتد ، لم تحظ فى اول الامر بانتشار واسع الى ان صدر قانون ١٩٦٦ واذن بانتشارها على نطاق واسع [٢] .

ويأخذ التأجير التمويلى المرتد الوصف التالى : يقوم احد الاشخاص الذين يحترفون تأجير المعدات الانتاجية لعملائهم، سواء كان فى صورة ايجار تقليدى اوفى صورة ايجار مع امكانية تملك المعدات فى نهاية مدته، بنقل ملكية عدد من هذه المعدات الى شركة التأجير التمويلى مقابل الحصول على ثمنها. ويحتفظ المستفيد بحق استعمال واستغلال هذه المعدات مما يسمح له بتأجيرها الى عملائه . ويتحدد للاتفاق مدة لا تكون قابلة للالغاء يلتزم خلالها المستفيد باداء دفعات نقدية الى الشركة ويكون له تملك المعدات فى نهاية مدة الايجار [٣] .

ويتضح من ذلك ان التأجير التمويلى المرتد ماهو الاصورة خاصة للتأجير التمويلى اللاحق اذ فى الفرضين يقوم المستفيد ذاته ببيع الاصول المؤجرة الى شركة التأجير التمويلى [٤] . وفضلا عن ذلك تتحقق ذات الاغراض فى كلا الفرضين حيث يحصل المستفيد على السيولة النقدية اللازمة له بينما تتملك شركة التأجير التمويلى

(١) GIOVANOLI, op. Cit , P.1. No. 2 .

(٢) GAUDRI ON , op . Cit , p. 165 .

(٣) OHL,op.Cit, P.47 .

(٤) BEY : note sous cassation commerciale, 11 mai 1982, JCP 1983 II 20074 . PACE : Pratique ..., op .Cit ., P . L 9 .

الاصول المؤجرةوتسمح للمستفيد بالانتفاع بها وبتملكها فى نهاية مدة الاتفاق .

ويترتب على ذلك انه متى كان التأجير التمويلى واردا على معدات انتاجية او ادوات عمل فإنه يخضع لأحكام قانون ١٩٦٦ . ولقد رأينا أن القانون المذكور عند تعريفه للتأجير التمويلى للمنقولات يواجه فرض ورود عقد التأجير التمويلى على اكثر من مال ويسمح بتجزئة خيار تملك المستفيد عند إعماله اذا مانص فى العقد على ذلك . ويعتبر التأجير التمويلى المرتد من اهم تطبيقات ذلك الفرض الذى واجهه المشرع الفرنسى ، لذلك كان لصدور قانون ١٩٦٦ وخضوع التأجير التمويلى المرتد لأحكامه الفضل الاول فى انتشار هذه الظاهرة .

٧٦ - ومع ذلك يتميز التأجير التمويلى المرتد بأنه وسيلة تيسير تسويق المعدات عن طريق تأجيرها حيث يعفى المستفيد من عبء بقائها مدة طويلة ضمن اصوله . ولذلك لا يلجأ اليه المستفيد عادة الا فى الأحوال التى يترتب على بقاء اصوله جامدة مدة طويلة نسبيا اضرار به ، وبالتالى يتحدد الوجه الغالب لتخصيص النقود التى يحصل عليها المستفيد من شركة التأجير التمويلى فى اعادة التوازن الى ميزانية المستفيد بين اصوله وخصومه . ولاشك ان للامر اهميته من الوجهة الضريبية . ومع ذلك لا تخشى شركة التأجير التمويلى عجز المستفيد عن سداد اقساط الاجرة لانه يمكنه الوفاء بها من الاقساط المحصلة من العملاء عند تأجير المعدات لهم .

اما فى التأجير التمويلى اللاحق فإن حاجة المستفيد الى السيولة النقدية لاترتبط بتوازن ميزانية المشروع ، وبالتالى ليس لوجه تخصيص النقود اهمية خاصة [١].

٧٧ - ومن جانب آخر يتضح ان تخويل المستفيد حق تأجير المعدات الى عملائه من العناصر الجوهرية فى التأجير التمويلى المرتد . ذلك ان المستفيد يحترف تسويق المعدات الانتاجية اما عن طريق تأجيرها واما عن طريق بيعها بالتقسيط . وفى هذا الفرض الاخير يلجأ المستفيد الى الباس البيع ثوب البيع الايجارى او البيع المقترن بوعد منفرد بالبيع . وبالتالى لايتصور حرمان المستفيد من حق تأجير المعدات الى

(١) PACE : Pratique ..., op .cit ., P. L 9.

عملائه والا انصرف لامحال عن ابرام العقد مع شركة التأجير التمويلى [1] .

الرأى مستقر اذن على ان للمستفيد حق تأجير المعدات المؤجرة من الباطن . الا ان الجدل قد ثار حول الطبيعة القانونية للايجار من الباطن بين اعتباره ايجارا تقليديا او تأجيرا تمويليا . وقد ذهب احد الآراء الى توقف الامر على مدى تخويل المستفيد عملاءه حق تملك المعدات المؤجرة فى نهاية مدة الايجار : فإن لم تكن هذه المكنة مقررة لهم كنا بصدد ايجار تقليدى ، اما اذا تقرر لهم حق تملك المعدات كنا بصدد تأجير تمويلى [2] .

ويذهب الفقه الراجح الى خلاف ذلك استنادا الى تعريف المشرع الفرنسى للتأجير التمويلى للمنقولات واشتراطه ان يسبق التأجير شراء الاموال المؤجرة . وفى التأجير التمويلى المرتد لا يتملك المستفيد المعدات قبل تأجيرها الى عملائه ، بل على العكس يقوم ببيعها الى شركة التأجير التمويلى ثم يستأجرها منها فيؤجرها الى العملاء [3] . فلو ان المستفيد لم يلجأ الى ابرام عقد من عقود التأجير التمويلى لما ثار ادنى شك حول استبعاد الايجار مع ما قد يقترن به من وعد بالبيع من مفهوم التأجير التمويلى اذ رأينا من قبل ان التأجير المباشر لا يدخل فى هذا المفهوم .

وعلى ضوء ذلك وسواء اقترن بالايجار من الباطن وعد بالبيع او لم يقترن به

---

(١) وجدير بالإشارة فى هذا الصدد ان عقود التأجير التمويلى تتضمن دائما شرطا بموجبه لا يجوز للمستفيد التنازل عن الايجار او الايجار من الباطن ، وينم ذلك عن حقيقة الطابع المالى لعلاقة شركة التأجير التمويلى بالمستفيد كما سنعرض فيما بعد . ولا يستثنى من ذلك الا عقود التأجير التمويلى المرتد على الاقل فيما يتعلق بالتأجير من الباطن .

(٢) BANQUE DE FRANCE : Le crédit-bail mobilier,Note d'information,No5, décembre 1971,p.8.GAVALDA et STOUFFLET : Droit de la banque, Thèmis Droit , PUF Paris , 1974, P.656 No. 491 quater .

(٣) PARLEANI, op . cit. , No. 65 . CAPORALE , op . cit., P. 268 .
ويلاحظ انه اذا اتجه البعض الى عدم التقيد بوجوب ان يقتصر سبب كسب الملكية على الشراء وانما يمكن ان يشمل كل كسب للملكية بمقابل فإن هذا التوسع لايدرك مع ذلك التأجير التمويلى المرتد لان الاستئجار لا يعد كسبا للملكية .

ففى كل الأحوال لا يعتبر الايجار من الباطن تأجيرا تمويليا .

٧٨ - ويثور التساول حول حكم اتفاق المستفيد والمستأجر من الباطن على ان يتمتع هذا الاخير بخيار التملك الوارد فى عقد التأجير التمويلى والمقرر اصلا للمستفيد واذا قيل بصحة هذا الاتفاق فانه يترتب على ذلك انتقال ملكية المعدة مباشرة من ذمة شركة التأجير التمويلى الى ذمة المستأجر من الباطن دون ان تمر بذمة المستفيد .

ولقد ذهب البعض الى صحة هذا الاتفاق والذى بموجبه يتقرر للمستأجر من الباطن حق إعمال خيار التملك المقرر للمستفيد ، ويتحقق ذلك اما تنفيذا لتعهد عن الغير واما تنفيذا لحوالة حق [١] .

ومرد الامر اذن الى ما يتضمنه عقد التأجير التمويلى من احكام . فقد يبين منه انه يجوز للمستفيد حوالة حق إعمال خيار التملك الى عملائه. ويترتب على تضمين العقد مثل هذا الحكم قبول الشركة للحوالة من قبل اجرائها ، وبالتالى تكون نافذة فى مواجهتها دون حاجة الى اى اجراء آخر . ويلاحظ ان إعمال المستأجر من الباطن خيار التملك تسرى فى شأنه احكام عقد التأجير التمويلى، وبالتالى لا يجوز له تملك المعدة المؤجرة قبل انقضاء مدة الايجار المتفق عليها فى عقد التأجير التمويلى وبشرط وفاء المستفيد بالالتزامات التى يرتبها العقد على عاتقه [٢] .

ولكن يلاحظ ان نادرا ما تتضمن عقود التأجير التمويلى المرتد حكما بإجازة حوالة حق إعمال خيار التملك . ذلك ان انتقال الملكية فى نهاية مدة الايجار لم يعد يتوقف على ارادة المستفيد الذى تعاقدت معه شركة التأجير التمويلى وانما اصبح متوقفا على ارادة المستأجر من الباطن ، ولا تقبل شركات التأجير التمويلى عادة الدخول فى

---

(١) BEY : De la publicite des opérations de crédit - bail mobilier , JCP 1973, èd. I, 2549, No. 49 .

(٢) ذلك انه مامن شك ان الحوالة لاترد الا على حق إعمال خيار التملك ، ولايمكن تكييف اتفاق شركة التأجير التمويلى والمستفيد على انه إجازة للتنازل عن الايجار الى المنتفع الفعلى بالمعدة ، ولذلك يظل عقد التأجير التمويلى منتجا لآثاره ازاء المستفيد .

علاقات مباشرة مع اشخاص لم تقبل بالتعامل معهم ابتداء .

ولذلك فإن الفرض الغالب هو اتفاق المستفيد والمستأجر من الباطن على تخويل هذا الاخير حق اعمال خيار التملك المقرر للاول دون ان يكون ذلك منصوصا عليه فى عقد التأجير التمويلى ، وكأن المستفيد يتعهد عن شركة التأجير التمويلى بأن تلتزم هذه الاخيرة بنقل ملكية المعدة الى المستأجر من الباطن . وتطبيقاً للقواعد العامة فى التعهد عن الغير لا يلزم التعهد شركة التأجير التمويلى الا إذا قبلته . وبالتالى لا شأن للشركة بإعلان إرادة المستأجر من الباطن بقبول التملك ولاعبرة لديها الا باعلان ارادة المستفيد بذلك . ومع ذلك لن يضير شركة التأجير التمويلى قبول التعهد عند إعمال خيار التملك اذ لا اهمية لديها للشخص الذى تنتقل اليه الملكية، والفرض ان المستفيد قد او فى بكافة الالتزامات التى يرتبها العقد على عاتقه .

٧٩ - ونشير اخيرا الى انه يجوز الاتفاق على ان يكون للمستفيد حق تملك بعض الاموال المؤجرة دون البعض الآخر . ويتحدد إعمال المستفيد لهذه المكنة على ضوء مصالحه هو ومدى ارتباطه بعملائه على نقل ملكية المعدات المؤجرة اليهم . فلا شك انه متى كان المستفيد ملزما بنقل ملكية المعدة الى المستأجر من الباطن فلسوف يتملكها من شركة التأجير التمويلى حتى يكون فى مقدوره الوفاء بالتزامه تجاه المستأجر من الباطن . اما اذا لم يكن هناك اتفاق على نقل ملكية المعدة الى المستأجر من الباطن فقد يأبى المستفيد تملكها من شركة التأجير التمويلى مالم تمثل له مصلحة من حيث امكانية التصرف فيها بالبيع او التأجير .

ومع ذلك يمكن الاتفاق فى عقد التأجير التمويلى المرتد على انه لا يجوز للمستفيد تجزئة خيار التملك عند إعماله ، وبالتالى يتعين على المستفيد قبول تملك جميع المعدات المؤجرة اذا اعمل الخيار المقرر له او ردها جميعا الى شركة التأجير التمويلى فى حالة عدم إعمال الخيار

وتجدر الاشارة الى ان اهمية التمييز بين الفرضين ، اى فرض جواز تجزئة الخيار وفرض عدم جواز تجزئته ، لاتقف عند حدود تعيين نطاق حق المستفيد فى تملك

المعدات المؤجرة ، وانما قد ينم ذلك عن مدى اتجاه ارادة المتعاقدين الى اعتبار عقد التأجير التمويلى المرتد بما يرد عليه من اموال غير قابل للانقسام . فمن المقرر ان تنفيذ عقد التأجير التمويلى بوجه عام لا يقبل الانقسام فى نظر المتعاقدين وشواهد ذلك عدم قابلية مدة الايجار للالغاء و تعليق إعمال خيار التملك على شرط الوفاء بجميع الالتزامات التى يرتبها العقد على عاتق المستفيد [(١)] . وتتأكد عدم القابلية للانقسام عند الاتفاق على عدم جواز تجزئة خيار التملك عند إعماله . وقد يفهم من الاتفاق على جواز تجزئة الخيار ان تنفيذ عقد التأجير التمويلى المرتد صار قابلا للانقسام فى نظر المتعاقدين . الا اننا رأينا من قبل انه لا يجوز ابتداء تعيين بعض الاموال التى يجوز إعمال خيار التملك بشأنها وتلك التى لا يجوز اعمال الخيار بشأنها ، وبالتالى لا تؤثر تجزئة الخيار على عدم قابلية تنفيذ عقد التأجير التمويلى للانقسام فإعمال الخيار وحده كعنصر من عناصر العقد هو الذى يقبل الانقسام .

٨٠ – على ضوء التعريف بالتأجير التمويلى اللاحق وصورته الخاصة الممثلة فى التأجير التمويلى المرتد يتضح لنا مدى تطابق جوهره مع جوهر التأجير التمويلى بوجه عام ويشمله بالتالى تعريف المشرع الفرنسى للتأجير التمويلى سواء كان واردا على المنقولات او على العقارات .

الا ان اختزال عدد الاشخاص الذين يساهمون فى انجاز العملية الى شخصين فقط يبرز لنا الطابع المالى المحض للتأجير التمويلى ، كما يبرز لنا ان اكتساب شركة التأجير التمويلى للمال المؤجر هو غاية مقصودة لذاتها فضلا عن تأقيت اهميتها بالنسبة الى الشركة بالمدة التى يلتزم المستفيد خلالها بدفع اقساط الاجرة . ومع ذلك يتضح لنا جليا ان غاية المستفيد التى لا يمكن اغفالها تكمن فى الانتفاع بالمال المؤجر او الاحتفاظ بالانتفاع به . ومن هنا تبدأ الملامح الرئيسية لعناصر التأجير التمويلى تتبلور امامنا : التمويل وتملك شركة التأجير التمويلى للاصل الممول وانتفاع المستفيد به . ومن خلال العرض لخصائص التأجير التمويلى يتأكد لنا توافر العناصر المتقدمة .

---

(١) BEY : Les aspects juridiques ..., op . cit , No. 5 4 .

المبحث الثالث

خصائص التأجير التمويلى الفرنسى

٨١ - لم نتناول بعد حتى هذه المرحلة من مراحل دراستنا تحليل عقد التأجير التمويلى والآثار المترتبة عليه لكى يتسنى لنا الوقوف على الخصائص المميزة لهذا العقد. ولكن على ضوء تحديد المقصود بالتأجير التمويلى كما يعرض فى العمل الفرنسى وتعريف المشرع الفرنسى له نستطيع استخلاص الخصائص العامة المميزة لعملية التأجير التمويلى فى اطارها العام .

ولاشك ان الوقوف على تلك الخصائص يكون لنا بالعون الأكيد على فهم الاحكام الاتفاقية لعقد التأجير التمويلى . اذ لا يمكن فصم العقد عن العملية الاكثر شمولية التى يندرج فيها .

وما يميز الاتفاق الذى يربط بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد من هذه الزاوية كونه عنصرا من عناصر عملية تشهد تدخل طرف ثالث هو البائع او بانى العقار بحسب الاحوال . وبالتالى تتميز عملية التأجير التمويلى بانها عملية ثلاثية الاطراف .

ولا شك أن تدخل شركة التأجير التمويلى يكون بالوساطة بين بائع المال او بانى العقار والمستفيد. ولايثور الريب حول الطابع المالى لهذه الوساطة اذ فى حدودها تقوم شركة التأجير التمويلى بتمويل شراء المال او بناء العقار . و السؤال المطروح اذن هو الى اى مدى يصبغ هذ الطابع المالى لوساطة شركة التأجير التمويلى طابعا ماليا على العملية برمتها بما فيها عقد التأجير التمويلى وهو من عناصرها .

يتعين علينا اذن بحث الطابع الثلاثى لعملية التأجير التمويلى من جانب ثم بحث طابعها المالى من جانب آخر .

المطلب الاول

الطابع الثلاثى للتأجير التمويلى

٨٢ - لأجل ابراز الطابع الثلاثى للتأجير التمويلى يجب تحديد اطرافه الثلاثة وبيان الدور الذى يقوم به كل منهم ، مع ضرورة الاشارة الى ما يميز التأجير التمويلى اللاحق اذ لا يشهد تنفيذه الا طرفين فقط هما شركة التأجير التمويلى والمستفيد .

ثم نعرض للآثار القانونية التى تترتب على الطابع الثلاثى للتأجير التمويلى ، وان كنا لن نخوض فى تحليل حقوق والتزامات كل طرف ازاء الأطراف الاخرى الا انه يجب ابراز طبيعة العلاقات القانونية التى تنشأ عن عملية التأجير التمويلى .

أولا : اطراف التأجير التمويلى :

٨٣ - نميز فى هذا الصدد كما ذكرنا بين فرض التأجير التمويلى فى صورته التقليدية وفرض التأجير التمويلى اللاحق .

أ) اطراف التأجير التمويلى فى صورته التقليدية :

٨٤ - اذا وقفنا عند صورة عملية التأجير التمويلى للمنقولات فقد رأينا ان انجازها يقتضى تدخل ثلاثة اشخاص :

١ - المستفيد وهو الذى يتخذ زمام المبادرة بتحريك العملية بالنظر الى حاجته فى الانتفاع باصل إنتاجى داخل مشروعه .

٢ - بائع المنقول وهو يبغى التصرف فيه بنقل ملكيته الى الغير مقابل الحصول على الثمن .

٣ - شركة التأجير التمويلى التى تقوم بشراء الاصل من البائع وتمكن المستفيد من الانتفاع به فيتحقق بذلك مراد الطرفين الآخرين .

ولا يختلف دور هؤلاء الاشخاص الثلاثة فى حالة شراء الشركة لعقار لأجل تأجيره الى المستفيد . اما فى حالة بناء العقار فإن انجاز العملية يقتضى ايضا تدخل ثلاثة

اشخاص : المستفيد وشركة التأجير التمويلى ومقاول البناء .

يتدخل اذن كل من هولاء الاشخاص للمساهمة بدور محدد فى انجاز عملية التأجير التمويلى . وعلى ضوء هذه المساهمة تتحدد لنا المراكز القانونية التى يتمتع بها كل منهم . فالشخص الذى يورد المنقول او العقار الذى سبق بناؤه يكون فى المركز القانونى للبائع اذ يقوم بنقل ملكية الاصل الى شركة التأجير التمويلى مقابل الحصول على الثمن (١) ، وبالتالى تكون الشركة ازاءه فى مركز المشترى . اما اذا كان الامر يقتضى بناء العقار فإن مركز المقاول يستبدل بمركز البائع (٢) .

ومن جهة اخرى دأب العمل على اعتبار العلاقة الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد من قبيل العلاقة الايجارية . وقد اقر المشرع الفرنسى هذا العمل بتعريفه التأجير التمويلى بانه عملية ايجار . ويترتب على ذلك ان تكون شركة التأجير التمويلى فى مركز المؤجر فى حين يصبح المستفيد فى مركز المستأجر .

٨٥ – وتمثل مراكز البائع او المقاول والمؤجر والمستأجر المراكز القانونية الرئيسية التى يشهدها انجاز عملية التأجير التمويلى . ويشير قانون ١٩٦٦ بصفة ضمنية الى ضرورة توافر هذه المراكز الثلاثة بنصه عند تعريفه للتأجير التمويلى على ان تأجير الاموال يسبقه شراء شركة التأجير التمويلى لها او بناؤها لحسابها . ومع ذلك نستشف من تعريف المشرع ان جوهر العملية يتمثل فى العلاقة القانونية الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، وما الشراء او البناء الا عنصر ضرورى لوضع هذه العلاقة

---

(١) وجدير بالاشارة فى هذا الصدد ان انتقال الملكية مباشرة من البائع الى شركة التأجير التمويلى ، بالرغم من خوض المستفيد جميع المفاوضات اللازمة لابرام الصفقة ، اثار الجدل حول حقيقة الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق . ويذهب الرأى الراجح ، كما سنرى تفصيلا فيما بعد ، الى ان مفاوضات المستفيد مع البائع تفضى الى اعتبار هذا الاخير فى حالة ايجاب بالبيع يتحقق قبوله بارسال شركة التأجير التمويلى طلبها بشراء الاصل .

(٢) ولا يخفى ما فى دور البائع والمقاول من تشابه فى اطار انجاز عملية التأجير التمويلى . فتوريد المال بمعنى وضعه على الساحة التعاقدية يتحقق بواسطة هذا الشخص فضلا عن قيامه بتسليمه وضمان ما قد يعتريه من عيوب .

موضع التنفيذ . الا ان لهذا العنصر اهميته لامحال فى تحديد حقوق والتزامات طرفى عقد التأجير التمويلى ، فالمستفيد هو الذى يتسلم المال من البائع او المقاول وله مصلحة شخصية فى هذا الاستلام ولوكان من المقرر ان ذلك يتم نيابة عن شركة التأجير التمويلى ، ويمكن استنادا الى هذه المصلحة الشخصية حصر المشكلات الناشئة عن تسليم المال بين البائع او المقاول والمستفيد . وقد يمتد ذلك الى الرجوع عليه بضمان العيوب التى قد تعترى المال .

واذا كنا نصف مراكز البائع او المقاول والمؤجر والمستأجر بالمراكز القانونية الرئيسية التى تشهدها عملية التأجير التمويلى فذلك لأن انجازها فى بعض فروضها ينشئ للاطراف مراكز قانونية اخرى : فبخصوص استلام الاصل المشترى يكون المستفيد فى مركز الوكيل عن شركة التأجير التمويلى الموكل ، وعند بناء العقار تكون الشركة فى مركز رب العمل ازاء المستفيد الذى يصبح فى مركز المقاول ، وقد تندرج العلاقة الخاصة بالاشراف على عمليات البناء فى اطار عقد الوكالة . وفى حالة تأجير الارض المملوكة للمستفيد الى الشركة بموجب عقد ايجار بنائى او بموجب عقد ايجار حكرى يكون المستفيد فى مركز المؤجر والشركة فى مركز المستأجر ، وفى حالة تأسيس الشركة المدنية العقارية يأخذ الطرفان وصف الشريكين فضلا عن نشوء علاقة قرض بين شركة التأجير التمويلى ، المقرض، والشركة المدنية العقارية ، المقترض.

ولقد رأينا ان اللجوء الى مختلف هذه القوالب له جانب من الاهمية فى انجاز عملية التأجير التمويلى ، ويجب بالتالى اخذها فى الاعتبار ليس فقط بصدد تحديد حقوق والتزامات طرفى عقد التأجير التمويلى وانما ايضا عند محاولة تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد .

ب) اطراف التأجير التمويلى اللاحق :

٨٦ - اذا سلمنا بأن الطابع الثلاثى للتأجير التمويلى ينتج عن تدخل ثلاثة

اشخاص لإنجاز العملية فقد يبدو ظاهرا إنتفاء هذا الطابع فى التأجير التمويلى اللاحق – وماينشق عنه من تأجير تمويلى مرتد [1] – لأنه لا يشهد سوى تدخل شخصين فقط هما شركة التأجير التمويلى والمستفيد . فقد ذهب البعض الى ان ما يميز التأجير التمويلى اللاحق عن التأجير التمويلى بوجه عام هو طابعة الثنائى [2] ، بينما يبرز البعض الآخر الإختلاف بين التأجير التمويلى وهو عملية ثلاثية الأطراف والتأجير التمويلى اللاحق وهو ثنائى الأطراف دون ان يمنع ذلك من اعتباره تطبيقاً للتأجير التمويلى [3] .

ومع ذلك يلاحظ انه فى التأجير التمويلى اللاحق يلتزم المستفيد أولاً بنقل ملكية الأصل إلى شركة التأجير التمويلى مقابل الحصول على الثمن ، ثم يحتفظ بالانتفاع به بموجب عقد تأجير تمويلى أى بذات الشروط والأوضاع التى يتحقق بها التأجير التمويلى فى صورته التقليدية .

ويترتب على ذلك ان المستفيد يكون فى مركز البائع فضلاً عن مركز المستأجر، ويبقى لشركة التأجير التمويلى مركزها القانونى كمؤجر . ومؤدى ذلك ان يشهد إنجاز التأجير التمويلى اللاحق ذات المراكز القانونية الرئيسية الثلاثة التى يشهدها إنجاز التأجير التمويلى فى صورته التقليدية : مركز البائع ومركز المؤجر ومركز المستأجر .

ولا عبرة لدينا بعدد الاشخاص الذين يتدخلون لإنجاز عملية التأجير التمويلى لإضفاء الطابع الثلاثى عليها ، وانما العبرة بالمراكز القانونية الثلاثة التى تنشأ عنها. وبالتالى لاشك أنه على ضوء هذا المعيار يعتبر التأجير التمويلى اللاحق ذات طابع

---

(١) رأينا من قبل أن الأصل فى التأجير التمويلى المرتد هو بقاء شركة التأجير التمويلى طرفاً اجنبياً عن علاقة المستفيد بعملائه ، وبالتالى لا يتمثل اطرافه الا فى الشركة والمستفيد دون عملاء هذا الأخير . الا أن ما يميز التأجير التمويلى المرتد هو إجازته للمستفيد تأجير الأموال المؤجرة من الباطن ، وحيث ان الايجار من الباطن عقد مستقل عن عقد الايجار الأصلى لا يعتبر المستأجر من الباطن طرفاً فى عقد التأجير التمويلى . وبالتالى لا يكون لوجوده أدنى أثر فى تحديد الطابع المميزللتأجير التمويلى المرتد بالنظر إلى أطرافه .

(٢) OUER DRAOGO,op. cit., p. 185.

(٣) PARLEANI,op. cit., No 4 et 5.

ثلاثى [١] ، ولا يختلف فى ذلك عن التأجير التمويلى فى صورته التقليدية الا فى اجتماع مركزين من هذه المراكز الثلاثة فى شخص واحد وهما مركز البائع والمستأجر الذى يجمع المستفيد بينهما [٢] .

٨٧ - ولا يعُنى اجتماع صفتى البائع والمستأجر فى شخص المستفيد عدم تأثير ذلك على حقوق والتزامات الطرفين : شركة التأجير التمويلى والمستفيد [٣] . فقد رأينا من قبل ان الجدل قد ثار حول اعتبار التأجير التمويلى اللاحق تطبيقاً للتأجير التمويلى ، ونزيد فى هذا المقام الأمر ايضاحاً : فقد استند البعض إلى اجتماع صفتى البائع والمستأجر فى شخص المستفيد للقول بأن هناك محلاً جوهرياً للعقد يضاف إلى الانتفاع بالأصل يتمثل فى حصول المستفيد على قيمته النقدية ، مما ينفى عن التأجير التمويلى اللاحق وصفه كتطبيق للتأجير التمويلى [٤] . بينما ذهب اتجاه آخر ان الغايتين : الحصول على القيمة النقدية للأصل والإنتفاع به لا يتحققان عن طريق تنفيذ ذات العقد وانما بتنفيذ عقدين متميزين هما عقد البيع من جانب وعقد التأجير التمويلى من جانب آخر ، فلا مجال للقول بتعدد محال العقد الواحد لاننا فى واقع الأمر بصدد عقدين لا عقد واحد [٥] .

---

(١) فى هذا المعنى ايضاً : PARLEANI op. cit, No 59 ، الذى يشير إلى امكانية اعتبار التأجير التمويلى اللاحق ثلاثياً من الوجهة القانونية .

(٢) PACE: Pratique..., op. cit., p. L 9. Bey et GAVALDA : Le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 115.

(٣) فى هذا المعنى BEY : De la symbiotique..., op. cit., p. 15.

(٤) OHL, op,cit ., l. 29. APPERCE: crédit-bail mobilier, Jurisclasseur Commercial Annexes: Ventes Commerciales, Fasc. 32 Bis, novembre 1976, No. 18. PROMPT et REBOUL, Op. Cit, p. 366. ZAMPOU: La réserve de propriété dans les ventes à crédit. Contrib ution à l' étude de la garantie du crédit mobilier par la propriété, Droit privé interne, Thése Droit, Strasbourg, 1985, p. 33 et 34.

(٥) BACHASSON, op. cit., p. 332 No 343. GAVALDA , op. cit, 2° cahier, No. 82.

ولكن فى كل الأحوال من المقرر ان المستفيد سوف يحصل على قيمة الأصل النقدية كما سوف يحتفظ بالانتفاع به . الا أن التنفيذ المادى للعملية يتأثر ولا شك باجتماع صفتى البائع والمستأجر فى شخص المستفيد :

فمن جهة أولى لا مجال لوجوب تسليم المال من قبل شركة التأجير التمويلى واستلامه من قبل المستفيد لأنه فى حيازة هذا الاخير قبل التعاقد مع الشركة (١) . فإن كانت حيازته المادية للمال مقترنة بحيازته القانونية بوصفة مالكاً له ، يحتفظ بعد التعاقد بحيازة المال المادية بوصفة مستأجراً له (٢) . ولا يحول ذلك دون التزام المستفيدبتسليم شركة التأجير التمويلى الوثائق الخاصة بملكية المال واتخاذ كافة الاجراءات اللازمة لنقل الملكية والوفاء بالضرائب والرسوم المقررة على التصرفات العقارية إذا كان المال عقاراً مثل اداء الضريبة العقارية ورسوم توثيق العقد ورسوم الشهر العقارى . فمن المقرر ان المستفيد هو الذى يتحمل كافة هذه الاعباء المالية بغض النظر عما إذا كانت مقررة قانوناً على عاتق البائع أو المشترى (٣) .

ومن جهة أخرى يتأثر الرجوع بضمان العيوب الخفية على بائع المال الأصلى ، أى البائع الذى تملك منه المستفيد المال ، بابرام عقد البيع مع شركة التأجير التمويلى. ذلك انه من المقرر انتفاء مصلحة المستفيد فى الرجوع على البائع الأصلى بضمان عيب كان خفياً وقت الشراء لأنه قام بنقل ملكية المبيع إلى شخص آخر هو شركة

---

(١) PARLEANI,Op. Cit., No. 11. CALALS-AULOY, Op.Cit,No. 77. CAPORALE,Op. Cit., p. 190 N (2).

(٢) وذلك تطبيقاً للنظام المعروف فى فرنسا بإسم Constitut possessoire ، ومعناه أنه بالاتفاق بين البائع والمشترى يحتفظ البائع بحيازة المبيع ، وانما تكون حيازته له مادية وليست حيازة قانونية . وبالتالى يتحقق التسليم عن طريق التحول من طبيعة الحيازة ، اذ متى بقى البائع حائزاً للمبيع فقد اصبح يحوزه لحساب المشترى مما يمكن معه افتراض أنه تسلمه منه بعد ان قام بتسليمه إليه . أنظر فى ذلك :

ALTER: L' obligation de délivrance dans la vente de meubles, LGDJ, Tome 122, Paris, 1972, p. 36 No. 44.

(٣) PARLEANI, Op. Cit., No .39.

التأجير التمويلى [١] . وبالرغم من اعتراف القضاء الفرنسى للمشترى من المشترى بحق الرجوع بالضمان على البائع الأصلى [٢] الا أنه استثناء على مبدأ نسبية آثار التصرفات وبالتالى لا يتوسع فيه فلا يتقرر الحق للمستأجر من المشترى . أما عن شركة التأجير التمويلى فهى لم ترتبط فى أيه لحظة برباط تعاقدى مع البائع وبالتالى لا تستطيع تخويل المستفيد أى حق بالرجوع على البائع الأصلى [٣] ٠ ومن جانب آخر لا تستعمل الشركة المال المؤجر فلا يضيرها ما قد يكتشف فيه من عيوب [٤] .

ويتضح من ذلك أن المستفيد إذا كان يتفادى المشكلات التى قد تثور حول استلام الأصل من البائع فى حالة التأجير التمويلى اللاحق خلافاً للوضع فى حالة التأجير التمويلى فى صورته التقليدية ، إلا أنه فى المقابل يحرم تماماً من الرجوع بضمان العيوب الخفية على البائع الأصلى للمال خلافاً للوضع فى التأجير التمويلى فى صورته التقليدية حيث تستطيع شركة التأجير التمويلى تخويل المستفيد حق الرجوع على البائع الذى تعاقدت معه بالضمان .

---

(١) PARLEANI, Op., Cit., No. 28.

(٢) حول تقرير دعوى ضمان العيوب الخفية إلى المشترى من المشترى ونطاقه ، انظر :
NANA : La réparation des dommages causés par les vices d' une chose, LGDJ, Tome 173, Paris, 1982, p. 228 et s.

(٣) PARLEANI, Op. Cit, No. 29.

(٤) وإذا قبل بإمكانية إعمال المستفيد لحق شركة التأجير التمويلى فى الرجوع على البائع الأصلى لا يكون ذلك الا بوصفه وكيلا عنها . ولكن ما من شك ان الحماية المقررة للمستفيد هى حماية ضعيفة إلى اقصى حد : فمن جانب لا يتقرر للمشترى من المشترى سوى حق طلب التعويض دون إمكانية إعمال دعوى فسخ البيع أو دعوى انقاص الثمن (انظر فى ذلك : MAZEAUD et CHABAS: Leçons de droit civil, Tome 3, 2° volume. 7° édition 1987 Montchrestien, Paris, p. 307 No. 985 - 2. MALAURI : Vente: (Obligations du vendeur, Encyclopédie Dalloz Civil, VII, No 523.
فلا يكون للمستفيد الا طلب التعويض عن الاضرار التى تلحق بشركة التأجير التمويلى دون الاضرار التى تلحقه هو والفرض ان الشركة لا يضيرها عيوب الأصل ، ويضاف إلى ذلك إمكانية عزل الوكيل بإرادة الموكل المنفردة فى أى وقت . انظر فى ذلك :
PARLEANI, Op. Cit., No. 30 et. s.

ثانياً : العلاقات الناشئة عن التأجير التمويلى :

٨٨ – تتحقق عملية التأجير التمويلى بتدخل أكثر من شخص ، وان كان كل منهم يبتغى غاية محددة تختلف بل تناقض غاية الأطراف الأخرى إلا أن مساهمتهم جميعاً ضرورية [١]. ولا يخفف من حدة تناقض المصالح المعروضة الا اجتماع صفتى البائع والمستأجر فى شخص المستفيد فى حالة التأجير التمويلى اللاحق .

ومن الوجهة القانونية تنشأ بين الاطراف المختلفة علاقات قانونية محددة . ولا يثور الخلاف حول قيام علاقة قانونية مباشرة بين البائع وشركة التأجير التمويلى من جانب وبين شركة التأجير التمويلى والمستفيد من جانب آخر . وطالما ظل العمل فى فرنسا على ما هو عليه لا يمكن القول بنشوء علاقة قانونية مباشرة بين البائع والمستفيد بالرغم من ارتباطهما الفعلى من واقع المفاوضات الخاصة بشراء الأصل [٢] أو من واقع استلام المستفيد له من البائع [٣] .

ويلاحظ ان الأمر قد يختلف بعض الشيء فى حالة بناء العقار . ذلك أن شركة التأجير التمويلى قد تفرغ اتفاقها مع المستفيد الخاص بعمليات البناء فى اطار عقد مقاولة ، وفى هذه الحالة يبرم المستفيد عقد المقاولة مع مقاول انشاء المبانى فيرتبط به بعلاقة قانونية مباشرة . ولكن ذلك لا ينفى بناء العقار لحساب شركة التأجير التمويلى، ومع ذلك يكون للمستفيد الرجوع على المقاول فى كل ما يخص العقار محل عقد المقاولة . اما اذا افرغ الاتفاق فى اطار عقد وكالة ، تنشأ العلاقة القانونية بين شركة

---

(١) وهذا ما يجعل BEY يفسر العلاقات الناشئة عن التأجير التمويلى على أساس التفاعل العضوى Symbiose بين مصالح الأطراف المختلفة . وانظر مؤلفه سابق الاشارة إليه :
De la Symbiotique.

(٢) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit, p. 41. CABRILLAC, op, cit ., No. 25. LELOUP: note sous Cassation Commerciale, 3 janvier 1972, op. cit., 1973 II 17300.

(٣) CREMIEUX-ISRAEL, op, cit., p. 53. BEY et GAVALDA : Le crédit-bail mobilier, op. cit, p. 28.

التأجير التمويلى والمقاول ولا تنشأ علاقة مباشرة بين المستفيد والمقاول ، فيقترب وضع المستفيد فى هذا الفرض الأخير من وضع المستفيد فى حالة شراء الأصل .

٨٩ – ويتبين من ذلك أن التأجير التمويلى ينفصم إلى عقدين متميزين : عقد البيع الذى يبرم بين البائع وشركة التأجير التمويلى وعقد التأجير التمويلى الذى يبرم بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد [١]. ولذلك يميز الفقه الفرنسى بين «عملية» التأجير التمويلى أو التأجير التمويلى بمعناه الواسع و«عقد» التأجير التمويلى او التأجير التمويلى بمعناه الضيق [٢] . وقد رأينا ان المشرع الفرنسى يأخذ بصفة ضمنية بهذه التفرقة اذ يقوم بتعريف عملية التأجير التمويلى مدخلا الشراء او البناء ضمن عناصرها فضلاً عن تكييف علاقة شركة التأجير التمويلى بالمستفيد أى عقد التأجير التمويلى باعتبارها علاقة ايجارية . وفى حالة بناء العقار تنفصم العملية إلى عقدين ايضاً : عقد المقاولة الذى يبرمه المقاول مع أى من شركة التأجير التمويلى والمستفيد بحسب الأحوال وعقد التأجير التمويلى .

ولا يختلف الأمر فى حالة التأجير التمويلى اللاحق اذ تنفصم العملية الى عقدين ايضاً : عقد البيع وعقد التأجير التمويلى ، الا أن طرفيها لا يختلفان فهما دائماً شركة التأجير التمويلى والمستفيد .

٩٠ – وإذا نظرنا إلى عملية التأجير التمويلى من منظور اقتصادى لوجدنا المستفيد فى لبها ويكون بالتالى محورها الارتكازى . ذلك ان حاجة المستفيد إلى

---

(١) CREMIEUX - ISRAEL, op. cit, p. 39. وجدير بالاشارة إلى أن رأيا اعزل فى الفقه الفرنسى ناشد المشرع بضرورة التدخل لكى يعبر العقد الواحد ثلاثى الأطراف عن حقيقة الطبيعة الاقتصادية للتأجير التمويلى. وأياً كانت وجاهة هذا الرأى إلا أنه لدليل على أنه فى الاطار القانونى الوضعى للتأجير التمويلى فى فرنسا تنفصم العملية إلى عقدين متميزين . انظر :
MASSIN, op, cit. p. 39.

(٢) RODIERE. et RIVES-LANGE,op.cit., p.413 No. 322. HARICHUX-RAMU: Le transfert de garantie dans le crédit-bail mobilier (Etude de contrats types), Rev. Trim. Dr. Com. 1978, p. 258 No. 33. BAKOUKA, op. cit , p. 44. GOYET: Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit - bail et du bail superficiaire, L G D J, Tome 180, Paris, 1983, p. 58 No. 104.

الحصول على الاصل ضمن عناصر الانتاج فى داخل مشروعه هى الشرارة المولدة للعملية برمتها . وهو الذى يكون فى حاجة إلى تدخل كل من البائع وشركة التأجير التمويلى : الأول من أجل توريد الأصل والثانية من أجل تمويل هذا الأصل . وينعكس ذلك على نمط ابرام العقود المختلفة اذ يتوجه المستفيد إلى كل من البائع وشركة التأجير التمويلى راجيا التعاقد معهما . وحتى فى الفرض الذى يتوجه فيه المستفيد إلى شركة التأجير التمويلى بناء على اقتراح من البائع فإن مناط الأمر دائماً قرار المستفيد .

فاذا امكننا قياس التأجير التمويلى على الاقتراض لأجل شراء الأصل ، لا شك أن الطرف المقترض – المشترى هو محور هذه العملية ، لكنه محورها سواء من منظور اقتصادى أو من منظور قانونى على اعتبار كونه طرفاً متعاقداً فى كلا العقدين : عقد القرض بوصفه مقترضاً وعقد البيع بوصفه مشترياً .

وبالتالى يبدو لنا جلياً ما يعترى عملية التأجير التمويلى من انفصام بين طبيعتها الاقتصادية وطبيعتها القانونية : فبينما يكون المستفيد محور العملية من منظور اقتصادى تصبح شركة التأجير التمويلى محور العملية من الوجهة القانونية اذ هى الطرف المتعاقد فى العقدين محل العملية اى عقد البيع بوصفها مشترياً وعقد التأجير التمويلى بوصفها مؤجراً .

واولى النتائج المترتبة على ذلك تتمثل فى انتفاء العلاقة القانونية المباشرة بين البائع والمستفيد ، ولا يمكن ان يعبر هذا الوضع الا عن هيمنة شركة التأجير التمويلى على العملية برمتها . فبوصفها محور العملية من الوجهة القانونية تستطيع ألا تنشىء من الروابط بين البائع والمستفيد الا ما يتفق مع مصالحها هى اذ لا محال من إعمال ارادتها بوصفها طرفاً فى كل من عقد البيع وعقد التأجير التمويلى من جانب وانتفاء كل علاقة مباشرة بين البائع والمستفيد بحسب الأصل من جانب آخر . وانطلاقاً من ذلك يجب اخذ مختلف شروط عقد التأجير التمويلى بالحيطة والتحفظ . فعلى سبيل

المثال إذا كانت شركة التأجير التمويلى تستبعد المستفيد من الارتباط المباشر بالبائع فلماذا يقرر العقد ان للمستفيد حرية اختيار البائع والأصل المؤجر ، ثم لماذا يعتبره وكيلاً عن شركة التأجير التمويلى فى استلام الآلة ويعود ويقرر له حق الرجوع على البائع بضمان العيوبُ الخفية ؟ [١] . الم تكن هذه الآثار لتترتب تلقائياً إذا تعاقد المستفيد مباشرة بالشراء مع البائع ؟

وفى ذات الاطار يحق لنا التساؤل عن سبب ترك بعض عقود التأجير التمويلى العقارى المستفيد يتعاقد مباشرة مع مقاول انشاء المبانى . ففى مثل هذا الفرض يجمع المستفيد بين اعتباره محوراً للعملية من الوجهة الاقتصادية واعتباره محوراً لها من الوجهة القانونية اذ يرتبط بشركة التأجير التمويلى بموجب عقد التأجير التمويلى ويرتبط بالمقاول بموجب عقد المقاولة . وهنا تبرز لنا الحقائق جلية : لا يضير شركة التأجير التمويلى تعاقد المستفيد المباشر مع المقاول لسبق ارتباطها بالمستفيد بموجب عقد مقاولة ايضاً وبالتالى تكتسب الشركة ملكية البناء مباشرة من المقاول فى حين يتحمل المستفيد جميع المخاطر الناشئة عن عمليات البناء بوصفه مقاولاً فى علاقته بشركة التأجير التمويلى رب العمل .

٩١ - على ضوء العرض المتقدم يتضح لنا ان عملية التأجير التمويلى تنفصم إلى عقدين متميزين ، يبرزان شركة التأجير التمويلى كمحور للعملية من واقع تعاقدها على نحو مستقل مع كل من البائع والمستفيد . ويتحقق بذلك هيمنة الشركة على العملية برمتها بالنظر إلى مصالحها . فهل تؤكد طبيعة دورها كوسيط مالى هذه الحقائق ؟ هذا ما يتعين علينا بحثه الآن .

---

(١) ويحق لنا التساؤل فى هذا الصدد عن سر استمرار تنفيذ عملية التأجير التمويلى اللاحق بالرغم من حرمان المستفيد من الرجوع على البائع الأصلى ، وبالتالى لماذا يتقرر الرجوع فى فرض التأجير التمويلى فى صورته التقليدية .

المطلب الثانى

الطابع المالى للتأجير التمويلى

٩٢ – عندما يقدم المستفيد على ابرام عقد من عقود التأجير التمويلى فهو لا يبحث عن مجرد الانتفاع بمال تطرحه سوق التأجير وانما هو يبغى تحقيق استثمار محدد على ضوء ما يتطلبه النشاط الذى يزاوله [١] .

ومن الوجهة الاقتصادية لا تعتبر شركة التأجير التمويلى شخصاً يحترف اعمال التأجير ، لأنها لا تمتلك بداءة الأموال ثم تقوم باستغلالها عن طريق تمكين الغير من الانتفاع بها مقابل الحصول على اجرة . فالشركة لا تتدخل الا بناء على طلب المستفيد ولا تمتلك الأصل عن طريق الشراء أو البناء الا بمناسبة هذا الطلب . ومن هذه الزاوية فإنها تتوسط بين المستفيد وبائع الأصل او بانيه .

والوساطة التى تقوم بها شركة التأجير التمويلية وساطة مالية اذ يقتصر دورها على الوفاء بثمن الأصل أو تكلفة البناء دون تدخل منها فى الجوانب الفنية لتحقيق الاستثمار المنشود . وبذلك يسمح تدخل شركة التأجير التمويلى بتمويل شراء الأصل او بنائه فيعتبر التأجير التمويلى بالنسبة إلى المستفيد بديلاً عن تمويل استثماراته بأمواله الذاتية [٢] ، وهو بطبيعة الحال من وسائل التمويل الخارجية عن مشروع المستفيد [٣] . ومن جانب آخر يسمح تدخل شركة التأجير التمويلى بحصول البائع

---

(١) CHERKAOUI, op. cit., p. 80.

(٢) GIOVANOLI, op. cit, p. 18 No. 21.

(٣) CREMIEUX- ISRAEL, op. cit.,p. 14. GOYET, op. cit., p. 33 No.57. PACE: Pratique..., op. cit., p. k9. LE ROUYER DE LA FOSSE, op. cit., p. 3. EL KRIMI, op. cit., p. 4. RODIERE et RIVES-LANGE, p.cit., p. 411. No. 329. CHAMPAUD, op. cit., 1965 I 1954, No.9. HARICHAUX- RAMU, op. cit., p. 212 No. 2. BAKOUKA, op. cit., P. 13. CAPIEZ, op. cit., P. 1.

أو المقاول على الثمن او الاجر فيعد التأجير التمويلى من هذه الزاوية قناة اضافية لتسويق المعدات الإنتاجية والعقارات المخصصة لأغراض امتهانية [1] .

٩٣ – ومن الملاحظ ان صور التمويل واشكاله عديدة ، منها ما يشبع الحاجة إلى السيولة النقدية كالاقراض والتأجير التمويلى اللاحق [2] ، ومنها ما يقضى على تلك الحاجة بوضع السلعة تحت تصرف الشخص والتى كانت السيولة النقدية بفرض الحصول عليها مخصصة لشرائها مثل البيع بالتقسيط والتأجير التمويلى ، حيث ان التأجير التمويلى بوضع الأصل تحت تصرف المستفيد يغنيه عن الاقتراض فى سبيل شراء الأصل . وبالتالى يتضح الفرق بين التأجير التمويلى فى صورته التقليدية والتأجير التمويلى اللاحق من الوجهة الاقتصادية : فبينما يقضى الأول على الحاجة إلى النقود ابتداء يشبع الثانى هذه الحاجة . ولكنهما من وسائل التمويل ويخضعان لآليات قانونية واحدة كما رأينا من قبل .

ومع ذلك يتميز التأجير التمويلى فى كافة فروضه عن سائر اشكال التمويل الأخرى بارتباطه الوثيق كوسيلة تمويل بالمال المستثمر محل التمويل . فالمال هنا بوصفه وجه الاستثمار المنشود لا تقف اهميته عند حدود اتخاذ القرار بقبول التمويل او رفضه، انما هو عنصر جوهرى من عناصر الاتفاق بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد .

ويقترب التأجير التمويلى من هذا المنظور بالبيع بالتقسيط حيث يجمع الاتفاق الواحد بين بيع الأصل ومنح الائتمان . ولكن الأمر جد مختلف : فالبائع بالتقسيط يقدم فى واقع الأمر خدمتين إلى المشترى تتمثل الأولى فى البيع بما يفرضه من تسليم

---

(١) STAUDER: Le contrat de finance - equipment - leasing, 10° journée Juridique, Libairie de l' Université, 10 octobre 1970, p. 9.

(٢) يرى البعض ان التأجير التمويلى اللاحق صورة لإقراض النقود على الأقل من حيث غايته الاقتصادية : PARLEANI, op. cit., p. 737 No. 80. GIOVANOLI, op. cit, p. 259 No. 321. GOYET, op. cit., p. 99 No. 176.

المبيع لإنتفاع المشترى به بينما تتمثل الثانية فى منح الائتمان ومحله ثمن المبيع وذلك عن طريق تقسيطه واضافة كل قسط لأجل محدد . أما شركة التأجير التمويلى فلا تقدم إلى المستفيد الا خدمة واحدة هى الخدمة التمويلية ولا يأتى ارتباط التمويل بالمال الا من واقع تملك الشركة له ، ولولا هذا العنصر لأنفصل عنصر التمويل تماماً عن عنصر الاستثمار .

٩٤ - ومؤدى ذلك ارتباط شركة التأجير التمويلى بالمستفيد برباط مالى فى واقع الأمر [١]، محله ثمن شراء الأصل أو تكلفة بنائه ، ويتم استرداد رأسمال الشركة المستثمر فى منح الائتمان طوال مدة العقد مع ضمان ارباحية الخدمة التمويلية المقدمة. ولا يكون لملكية المال التى تحرص الشركة على الاحتفاظ بها طوال هذه المدة الا دور يرتبط لا محال بالخدمة التمويلية المقدمة . واذ يلتزم المستفيد برد اصل الائتمان إلى الشركة بالاضافة إلى الاجر المقرر لها فإن ملكية المال تحفظ لشركة التأجير التمويلى ضمان حصولها على هذه المبالغ .

وحتى تتبلور امامنا هذه المقدمات للطابع المالى للتأجير التمويلى يتعين علينا بحث محل الائتمان من جانب أول وبحث كيفية تحديد مدة الإتفاق من جانب ثان، واخيراً بحث دور الملكية فى التأجير التمويلى .

أولاً : محل الائتمان فى التأجير التمويلى :

٩٥ - يبدأ تنفيذ عملية التأجير التمويلى بتملك شركة التأجير التمويلى للأصل مقابل اداء الثمن أو تكلفة البناء .

وبالتالى تستثمر الشركة مبلغاً من النقود فى سبيل انجاز العملية يتمثل فى ثمن شراء الأصل أو تكلفة بناء العقار . ويترتب على ذلك ان تقديمها لهذه الخدمة التمويلية لا يمكن أن يكون مربحاً الا إذا استردت الشركة كامل رأسمالها المستثمر فى سبيل إنجاز العملية فضلاً عن حصولها على دخل لها مقابل ذلك الاستثمار المالى .

---

(١) فى هذا المعنى : CROIZAT, op. Cit, p. 36.

واذ يتمثل المال المستثمر من قبل شركة التأجير التمويلى فى ثمن الأصل أو تكلفة بنائه فإن التأجير التمويلى يتميز عن سائر اشكال التمويل الأخرى وخاصة اشكال التمويل المصرفى التقليدية بتغطية كامل قيمة استثمار المستفيد (١) ، وهو ما يعتبره الفقه من أهم مزايا التأجير التمويلى (٢).

٩٦ - الا ان البعض يتحفظ بخصوص تغطية التمويل كامل الاستثمار واهميته : فمن جانب يقوم المستفيد باداء أول اقساط الاجرة عند استلامه الأصل مما يوازى الوفاء بمقدم الثمن (٣) ، فضلاً عن التزام المستفيد باداء مقدمات الاجرة فى حالة بناء العقار . ومن جانب آخر اذا قيل بأن التأجير التمويلى يتميز بإمكانية سداد الاقساط من عوائد الأصل المتفع به (٤) ، فهذا لا يصدق على القسط الأول من الاجرة (٥) كما لا يصدق من باب أولى على مقدمات الاجرة فى حالة بناء العقار (٦) .

وجدير بالاشارة فى هذا الصدد أنه فى وقت ظهور التأجير التمويلى وانتشاره فى فرنسا لم تكن الادارة الضريبية تسمح لشركات التأجير التمويلى باسترداد الضريبة غير

---

(١) GIOVANOLI, op. Cit, p. 33 No 47. GOYET, op. Cit, p. 5 No 11. BENDER, op. Cit, p. 24. PRINCE AGBODJAN, Op. Cit,p. 113. CROIZAT, op. Cit, p. 36. MERA, op. Cit, p. 51. ROSSIGNOL: Bordereaux de publication des opérations de crédit-bail en matiére, Mobiliére, JCP 1973 I 2550, No. 2. ROLIN, op. Cit, p. 8.

(٢) BEY et GAVAL DA : Le crédit-bail mobilier, op. Cit, p. 11. BRANDELA, op .Cit., p. 53. RODIERE et RIVES-LANGE, op.Cit., p. 411 No. 329. CABRILLAC, op. Cit, No. 4. N' DIZI, op. Cit, p .12. SOLAL: Le crédit-bail mobilier, op. Cit., p. 277.

(٣) PACE: Pratique..., op. Cit, p. D 10. BAKOUKA, op. Cit, p. 180. BALME, op. Cit, No. 178.

(٤) فى هذا المعنى : BEY et GAVALDA, op, Cit, p. 12. CAPORALE, op.Cit., p. 9. PACE, op, Cit., p. D 11.

(٥) GAVALDA, op. Cit., No. 16. TRISTAN, op. Cit, p. 12.

(٦) PACE: Les Particularités..., op. Cit, p. 23.

المباشرة المفروضة على شراء الأصول الإنتاجية فى حين كانت تسمح بذلك فى حالة تمويل البنوك شراء هذه الأصول . ويبرز اثر هذا الاختلاف فى المعاملة فى قيمة المدفوع الأول من الاجرة الذى يقابل الفرق بين قيمة التمويل بواسطة القرض المصرفى وقيمة التمويل عن طريق التأجير التمويلى مما ينفى عن التأجير التمويلى أية ميزة فى هذا الصدد [1] .

وايا كان شأن هذا الخلاف فإن محل الائتمان فى التأجير التمويلى هو مقابل تملك الأصل أى ثمن شرائه أو تكلفة بنائه . ويتحقق ذلك ايضاً فى حالة التأجير التمويلى اللاحق اذ غالباً ما يقابل ثمن شراء شركة التأجير التمويلى للأصل من المستفيد قيمته السوقية [2] .

ثانياً : تحديد مدة الايجار فى التأجير التمويلى :

٩٧٤ – الأصل فى التأجير التمويلى كما رأينا أن مدة الايجار فيه تكون غير قابلة للالغاء ، وبالتالى لا يحق لأى من الطرفين طلب انهاء العقد قبل انقضاء مدته . ويترتب على ذلك ان يصير المستفيد ملتزماً بالوفاء بجميع الدفعات النقدية المستحقة لشركة التأجير التمويلى طوال مدة الانتفاع بالأصل وحتى انقضاء هذه المدة .

ومع ذلك لا يكون الهدف من تقرير عدم قابلية مدة الايجار للالغاء ضمان انتفاع المستفيد بالأصل خلال مدة محددة بقدر ما يكون ضمان حصول شركة التأجير التمويلى على إجمالى الاجرة استرداداً لرأسمالها المستثمر فى شراء الأصل أو بنائه مع ضمان تغطية نفقاتها وتحقيقها للربح النقدى . ومن هذه الزاوية تنظر شركة التأجير التمويلى إلى دين الاجرة فى مجملها بوصفه ديناً لا يقبل الانقسام ، وهو ما يتحقق قانوناً بجعل مدة الايجار ، أى مدة الوفاء بأقساط الاجرة ، غير قابة للالغاء [3] .

---

(١) BUTTNER, op. cit, p. 57.

(٢) ولكن يلاحظ أنه فى حالة بيع الأصل بأقل من قيمته السوقية بقدر كبير تثور الشبهة حول اخفاء التأجير التمويلى اللاحق لقرض يضمنه رهن الأصل رهنا مغلقا أى مع اقتران الرهن بشرط تملك المال المرهون ، وهو مالا يجيزه القانون . فى هذا المعنى: PARLEANI op. cit, p. 737.No 80.

(٣) CREMIEUX- ISRAEL, op. cit, p. 14. WALTER, op. cit, p. 27.

٩٨ - ويتم تحديد مدة الايجار على ضوء هذا الاعتبار الجوهرى للالتزام بالوفاء باقساط الاجرة . ولكن يجب التمييز فى هذا الصدد بين التأجير التمويلى للمنقولات والتأجير التمويلى العقارى :

١ - التأجير التمويلى للمنقولات :

٩٩ - فى مجال تمويل المعدات الإنتاجية يتم تحديد مدة الايجار على ضوء عنصرين :

الأول : العمر الاقتصادى المفترض للمعدة (١) .

الثانى : أحكام الاستهلاك الضريبى للمعدة ومدته (٢) .

ذلك ان شركة التأجير التمويلى بوصفها المالكة للمعدة يحق لها خصم مخصصات إهلاك المعدة التى تملكتها بالشراء من وعائها الضريبى ، هذا الوعاء الذى يتكون من الاجرة التى تستوفيها من المستفيد (٣) . وتحدد عقود التأجير التمويلى مدة الايجار بحيث تقصر قليلاً عن العمر الاقتصادى المفترض للمعدة وتقترب من مدة استهلاكها طبقاً للأحكام الضريبية فى هذا الصدد (٤) .

(١) GAUDRION, op. cit., p. 26. CAPIEZ, op. cit., p. 8. DOSSE, op. Cit., p. 296. BAKOUKA, op. cit., p. 81.

(٢) PACE: Pratique..., op. cit, p. B11. CROIZAT, op. cit, p. 106. LE ROUYER DE LA FOSSE, op. cit, p. 3. N' DIZI, op. Cit, P. 175. CAPIEZ, op. cit, p. 13. ROSSIGNOL, op. cit, No. 1. COILLOT: Initiation..., op. cit, p. 178. ROLIN, op. cit, p. 59. BANQUE DE FRANCE, op. cit, p. 2. WALTER, op. cit, p. 27.

(٣) PACE, op. cit, P. B 12. OUERDRAOGO, op. cit, p. 99. MERA,op. cit, p. 55.

(٤) DERRUPPE : Droit commercial, Cours de Maitrise, Bordeaux, 1981-1982, p. 275. CAPORALE, op. Cit, p. 41. CHAMPAUD, op. Cit, No. 15. GAVALDA, op. Cit, 2° cahier, No. 3. CNCF, op. Cit, p. 3. DE JUGLART et IPPOLITO: Droit commer cial avec cas concrets et jurisprudence, 4° volume : Banques et Bourse, édition 1979, Montchrestien, Paris, p. 381 No 1712.

وجدير بالإشارة إلى ان الأحكام الضريبية بشأن استهلاك المعدات الإنتاجية تأخذ فى اعتبارها متوسط اعمار المعدات المتماثلة الاقتصادية عند تحديدها لمدة استهلاكها ضريبياً ، على اعتبار انها تمثل مدة الاستعمال العادى لهذه المعدات على نحو مربح [١] .

ويتضح من ذلك ان هناك اتساقاً فى حسابات شركات التأجير التمويلى بين مدة الاستهلاك المالى أى مدة استرداد كامل رأس المال المستثمر فى سبيل انجاز العملية ومدة الاستهلاك الضريبى للمعدات التى ترد عليها العملية . وسوف نعود إلى بحث أهمية ذلك بصدد الحديث عن التزام المستفيد بالوفاء بالاجرة .

٢ - التأجير التمويلى العقارى :

١٠٠ - يصعب فى مجال التأجير التمويلى العقارى قياس مدة الايجار على مدة الاستهلاك الضريبى للمبانى طبقاً للأحكام الضريبية فى هذا الشأن . ذلك أن الأحكام المتقدمة تعتد بالعمر الاقتصادى للمبانى عند تحديدها لمدد استهلاكها ضريبياً ، وقد تصل هذه المدد إلى خمسين أو ستين عاماً . ولا يتصور ان يظل ارتباط شركة التأجير التمويلى والمستفيد لهذه المدة الطويلة مما يعنى بقاء أموال الشركة دون استثمار طوال هذه المدة من جانب وفرض اعباء مالية على المستفيد من جانب آخر .

ولذلك عادت شركات التأجير التمويلى إلى ممارسات البنوك ومؤسسات الائتمان

---

(١) تعرف الخطة العامة للمحاسبات لعام ١٩٨٢ الاستهلاك بأنه القيد المحاسبى للإهلاك النهائى الذى يصيب العناصر المادية لأصول المنشآت بسبب مرور الزمن أو لأى سبب آخر . انظر نص هذه الخطة فى المرجع التالى :

LASSEGUE: Gestion de l' entreprise et comptabilité, Précis Dalloz, Paris, 9° Édition 1983, p. 440.

ولمزيد من التفاصيل حول مفهوم الاستهلاك الضريبى لاصول المنشآت واهميته انظر :

MOFFARTS d' HOUCHENEE: Le régime Légal de L' amortissement à l' étranger (R.F. A., France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Grande - Bretagne, Canada et Suéde), Collection scientifique de la Faculté de Droit de l' université de Liége, no 27, 1967.

فى شأن القروض طويلة الأجل المخصصة لاستثمارات عقارية والتى تكون مضمونة عادة برهن رسمى على احد العقارات المملوكة للمقترض . وتتراوح بالتالى مدة الايجار فى التأجير التمويلى العقارى بين خمسة عشر عاماً وعشرين عاماً[(١)] .

ويتأكد بذلك اتجاه شركات التأجير التمويلى إلى اعتبار مدة العقد مدة استهلاك مالى أى مدة استرداد رأسمالها المستثمر فى سبيل شراء العقار أو بنائه . ويأخذ المشرع الفرنسى هذه الحقيقة فى الاعتبار اذ تدخل لتقصير مدد الاستهلاك الضريبى للمبانى التى تؤجرها الشركات العقارية للتجارة والصناعية ، مما ينم عن وعى المشرع ليس فقط بحقيقة الاستهلاك المالى الذى تزاوله هذه الشركات وانما ايضاً بأهمية اقتراب مدد الاستهلاك المالى بمدد الاستهلاك الضريبى للعقارات المؤجرة . فقد تم انقاص مدة الاستهلاك الضريبى الأصلية التى تتراوح بين اربعين وخمسين عاماً إلى ثلاثين عاماً ، وانقاص مدة الاستهلاك الأصلية التى تبلغ ثلاثين عاماً إلى خمسة وعشرين عاماً ، وانقاص المدة الأصلية التى تبلغ خمسة وعشرين عاماً إلى عشرين عاماً[(٢)]. ولقد توقف المشرع الفرنسى عند هذه الحدود لأن نشاط الشركات العقارية للتجارة والصناعة ليس مقصوراً على التأجير التمويلى العقارى وانما يشمل ايضاً تأجير العقارات فى صورته التقليدية . وجدير بالاشارة إلى ان هذه الأحكام خاصة بالمبانى اذ لا يمكن ان تكون الأراضى بأى حال من الأحوال محلاً للاستهلاك الضريبى .

ثالثاً : دور الملكية فى التأجير التمويلى :

١٠١ - دور شركة التأجير التمويلى هو دور تمويلى بصفة رئيسية ، يأخذ مظهر التمويل المباشر فى عملية التأجير التمويلى اللاحق ومظهر الوساطة المالية فى التأجير التمويلى فى صورته التقليدية . وفى كل الأحوال لا تقوم هذه الشركة باستغلال ما تملكه من أصول عن طريق تمكين الغير من الانتفاع بها لأنها تكتسب ملكية مختلف هذه الأصول بمناسبة كل عملية على حدة .

---

(١) PACE : Pratique..., op. cit, p. C. 7.

(٢) البند ٢٠ من النشرة الوزارية الصادرة بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٦٨ .

وعلى ذلك لا يتحقق الربح الذى تهدف إليه شركة التأجير التمويلى كأى مشروع اقتصادى ذى طابع رأسمالى من واقع استغلال ما تملكه من أصول وانما يتحقق لها ذلك من عوائد رأس المال الذى تستثمره فى سبيل انجاز عملية التأجير التمويلى ، تلك العوائد التى يلتزم المستفيد بدفعها طوال مدة الايجار فضلاً عن اصل رأس المال الذى يلتزم برده إلى الشركة [١] . وهذا ما يفسر من جانب تملك شركة التأجير التمويلى للأصل بناء على طلب محدد من احد عملائها الذى يلتزم بالتالى برد ما انفقته الشركة من خلال ذلك العقد الوحيد الذى يربط بين الطرفين [٢] ، مما يفسر من جانب آخر عدم قابلية مدة العقد للألغاء [٣] .

واذ من المقرر ان مصير الأصل ليس ذات أهمية فى نظر شركة التأجير التمويلى بعد انقضاء مدة العقد ، والا ما كانت لتسمح للمستفيد باكتساب ملكيته ، فان سلوكها يبتعد كثيراً عن سلوك المؤجر التقليدى الذى يحرص على استرداد العين المؤجرة عند انقضاء الايجار باعتبارها مصدراً للدخل إذا ما تم تأجيرة إلى مستأجر جديد. والنتيجة الجوهرية التى تترتب على سلوك شركة التأجير التمويلى تتمثل فى افادتها بملكية الأصل خلال مدة العقد . وبعبارة أخرى لا تكون الغاية من اكتساب ملكية الأصل فى نظر شركة التأجير التمويلى إلا غاية موقوتة بمدة العقد [٤] .

١٠٢ - وعلى ضوء ذلك فإن شركة التأجير التمويلى تبتغى استرداد رأسمالها المستثمر فى تمويل الأصل فضلاً عن الحصول على العائد المالى لهذا الاستثمار ، وهى تنظر إلى الدفعات النقدية التى يوفى بها المستفيد باعتبارها اقساطا لدين إجمالى لا يقبل الانقسام لا يتحقق مراد الشركة الا بادائها جميعاً . ولكن الدين الذى يشغل ذمة

---

(١) BEY: JCP 1982 II 19867: note sous cassation civile, 3° chambre, 3 Novembre 1981.

(٢) LELOUP: JCP 1965 II 14331 bis : note sous Tribunal commercial de la Rochelle, 26 Juin 1964.

(٣) COILLOT: Initiation..., op. cit, p. 178.

(٤) فى هذا المعنى : OUERDRAOGO, op. cit, p. 296.

المستفيد يكون مستحقاً على دفعات ويكون كل قسط منه مضافاً إلى أجل محدد ، وهذا ما يبرر حصول شركة التأجير التمويلى مانحة الائتمان على ضمان حسن تنفيذ المستفيد لإلتزامه باداء هذه الاقساط طوال مدة العقد (١) .

ولا شك ان ملكية الأصل التى تحتفظ بها شركة التأجير التمويلى طوال مدة العقد تمثل خير الضمانات التى يمكنها الحصول عليها من المستفيد ، اذ انها تستطيع طلب فسخ العقد عند اخلال المستفيد بالوفاء باى من اقساط الاجرة فتسترد منه الأصل باعتباره مملوكاً لها (٢) . ومع ذلك لا يستقيم تكييف الاقساط التى يدفعها المستفيد على انها من قبيل الاجرة المقررة مقابل الانتفاع بالأصل واعتبارها اقساط لدين واحد لا يقبل الانقسام ، بل ان هذا التكييف قد يكون شأنه تهديد مصالح شركة التأجير التمويلى . ففى عقد الايجار التقليدى لا تستحق الاجرة الا مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة خلال مدة محددة ، ومتى انقطع استعمال المستأجر للعين ينقضى التزامه بالوفاء بالاجرة . ولا شك ان تحقق ذلك فى حالة عقد التأجير التمويلى يهدد مصالح الشركة المؤجرة لأنه فى كل فرض ينقطع فيه استعمال المستفيد للأصل دون خطأ منه تعجز الشركة عن استكمال استردادها لرأس المال المستثمر فى سبيل انجاز العملية فضلاً عن فقدها لجانب من عوائده . ومما يزيد من خطورة الأمر أن يكون انقضاء الايجار راجعاً إلى هلاك الأصل ، اذ فى هذه الحالة تفقد شركة التأجير التمويلى كلا من رأس المال والأصل .

الا ان لقالب الايجار أهميته المحورية بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى اذ يسمح لها مركزها كمؤجر من استرداد الأصل من تفليسة المستأجر (٣) . وهذه المكنة لم

---

(١) RODIERE et RIVE- LANGE. op. cit., p. 416 No. 336.

(٢) GIOVANOLI, op. cit., p. 38 No. 55. BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 12. GOYET, op. cit., p. 4 No.7. CAPORALE, op cit., p. 8. PARLEANI, op. cit., p. 732 No. 74.

(٣) GOYET, op. cit, p. 72 No. 131. RODIERE et RIVES- LANGE. op.cit.,p.416No.336.CREMIEUX-ISRAEL,op.cit.,p.118. CHAMPAUD: La loi du 2 juillet 1966 ..., op.cit. =

تكن مقررة للبائع بالتقسيط الذى كان يحتفظ بملكية المبيع على سبيل الضمان [1] ، وذلك حتى صدور القانون رقم ٨٠ - ٣٣٥ بتاريخ ١٩٨٠ [2] . فبموجب هذا القانون الأخير اصبح لبائع المنقول المادى بالتقسيط حق استرداده من تفليسة المشترى اذا كان قد احتفظ بملكيته بموجب شرط فى عقد البيع . واذ يسبق ظهور التأجير التمويلى فى فرنسا تاريخ صدور هذا القانون ذهب جانب من الفقه إلى ان مكنة استرداد المؤجر للعين المؤجرة من تفليسة المستأجر هى التى جعلت شركات التأجير التمويلى تفرغ علاقتها بالمستفيدين فى قالب الايجار ، ولولا هذه المكنة لكانت الشركات المذكورة قد لجأت إلى قالب البيع مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان حيث يحقق لها هذا القالب الاخير التخلص من ملكية الأصل فى نهاية مدة التقسيط [3] .

وبالاضافة إلى ذلك تتمتع شركة التأجير التمويلى بوصفها مالكة الأصل بمركز قانونى فريد اذا ما قورن باى مركز آخر ينشأ عن تقديم المستفيد لأى ضمانات عينية اخرى . فجميع الحقوق العينية التبعية تتفرع عن الملكية ولا تخول صاحبها من السلطات ما يزيد على سلطات المالك ، فضلاً عن تفادى الشركة أية مزاحمة من قبل دائنى المستفيد اذ يستبعد هؤلاء بصفة مطلقة من التنفيذ على الأصل حيث لا يملكه مدينهم بل تملكه شركة التأجير التمويلى [4] ، واخيراً تستطيع التصدى بفعالية لأى

= GAVALDA et STOUFFLET, op. cit, p. 651 No. 491 bis.

(١) ZAMPOU, op. cit, p. 54 et s.

(٢) Journal Officiel, 13 mai 1980, p. 1202. Dalloz 1980, Lé gislation 200.

(٣) DERRUPPE : Les opérations de l'entreprise, Collection Droit et Gestion, Librairies Techniques, Paris, 1972, p. 149. CAPORALE, op. cit, p. 56. ZAMPOU. op. cit, p. 46.

(٤) CALAIS - AULOY, op. cit, No. 134.

ادعاء من جانب الغير بحق على الأصل وبصفة خاصة لطلبات استرداده [١] .

ولذلك كله انعقد الاجماع فى الفقه الفرنسى على أن الملكية تمثل الضمان الذى تتمتع به شركة التأجير التمويلى لاستيفاء حقوقها المالية [٢]، حيث انها تمثل الضمان الجوهرى ضد مُخاطر اعسار المستفيد واخلاله بالتزامه بالوفاء بالاجرة [٣] .

وأهم ما يتميز به الضمان المتقدم هو عدم انفصاله عن الاتفاق الأصلى بالتمويل اذ لا ينشأ عن عمل ارادى يكون تابعاً لهذا الاتفاق ، وانما هو ركن جوهرى من اركان عقد التأجير التمويلى [٤] . ونظراً للأهمية المحورية للملكية بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى يعتبر البعض عنصر الملكية بمثابة حجر الزاوية فى التأجير التمويلى [٥] .

١٠٣ - وحيث ان للملكية فى التأجير التمويلى دوراً تأمينياً أقام البعض رباطاً غائيا بين التأجير التمويلى ونظام الملكية الضامنة للحقوق الشخصية فى القانون الرومانى

---

(١) CREMIEUX- ISRAEL, op. cit., P. 9.

(٢) CAPORALE, op.cit., p.73. CALAIS-AULOY, op. cit., No.2. BAKOUKA, op.cit., p. 94. OUERDRAOGO, op. cit., p. 94. BACHASSON,op. cit.,p. 279 No. 298. LELOUP : Le recours du locataire contre le vendeur en matiere de crédit-bail, JCP 1968 CI 83102. CALON: La location des biens d' équipement ou "leasing", Dalloz 1964 Chronique 15, p. 197. PROMPT et REBOUL, op. cit, p. I. ATTAL: Le "loyer" d' un contrat de crédit-bail immobilier, A.J.P.I, octobre 1976, p. 786. FOURNIER, op cit.,No. 1.BAUDE DE BUNNETAT, op. cit., p. 26.

(٣) HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 212 No. 2. COILLOT: La loi du 2 juillet..., op. cit. BARBE, op. cit, p. 94. GAULLIER: Le leasing, Revue Banque, No. 221, novembre 1964, p. 751.

(٤) GOYET, op. cit, p. 103 No. 184. CABRILLAC, op. cit, No. 71.

(٥) DERRUPPE : Droit commercial, op. cit, p. 277.

المعروف باسم Fiducia [١]، وبصفة خاصة فى صورتها المعروفة باسم Fiducia cum creditore [٢].

الا ان نطاق التأجير التمويلى اضيق بلا شك من نطاق هذا النظام الرومانى حيث أنه لايسمح الا بتمويل أصل محدد فى حين ان النظام الرومانى يشمل ضمان كافة الحقوق الشخصية بغض النظر عن طبيعتها أو مصدرها . ويراعى ان هذا الاختلاف يذوب فى حالة التأجير التمويلى اللاحق اذ لا عبرة بوجه تخصيص النقود التى يستوفيها المستفيد من شركة التأجير التمويلى ولا يعد من عناصر الاتفاق [٣] .

وتجدر الاشارة إلى أن احد الباحثين الفرنسيين تناول بالدراسة مظاهر الملكية التأمينية فى القانون الفرنسى ، وقد عرض من بين تطبيقاتها للتأجير التمويلى ـ الا أنه يقرر ضرورة توافر شرطين لكى نكون بصدد ملكية تأمينية [٤] .

الأول : ان يقوم المدين بنقل ملكية احد أمواله إلى الدائن .

الثانى : ان يتحقق نقل الملكيـة فى غير اطـار بيع احـد أمـوال المدين إلى الدائـن [٥] .

واستناداً إلى الشرط الأول يستبعد الباحث التأجير التمويلى فى صورته التقليدية

---

(١) CALAIS-AULOY, Op. Cit,No. 6. DERRUPPE: De le la Fiducie au crédit-bail, Mélanges en hommage à Ellul, PUF, 1° édition, mars 1983, p. 449.

(٢) حول مفهوم الملكية التأمينية انظر :
WITZ : La Fiducie en Droit privé Français, E conomica, Paris, 1981, p. 24. et s.

(٣) DERRUPPE: De la Fiducie..., op. cit, p. 456.

(٤) WITZ ، المرجع سابق الاشارة إليه . ويطلق على الملكية التأمينية Fiducie - sûreté وتتميز عن الملكية التى تستهدف التيسير من إدارة الأموال : Fiducie-gestion حيث يقوم مالك المال بنقل ملكيته إلى شخص آخر من أجل ادارته لحساب مالكه الأصلى .

(٥) WITZ, op. cit, p. 140 et s.

من مفهوم الملكية التأمينية ، ويقرر ان وجه التقارب بين النظامين يكمن فى استخدام الدائن من جانب وشركة التأجير التمويلى من جانب آخر للملكية حتى يضمن كل منهما حقه تجاه المدين او المستفيد . ولكن وجه التقارب بين النظامين يقف عند هذا الحد حيث ان الآليات القانونية التى تسمح للملكية باداء هذا الدور تختلف فيما بين النظامين . فبينما تحصل شركة التأجير التمويلى على ملكية الأصل وتحتفظ بها من خلال التفاعل بين العديد من القوالب العقدية التقليدية والتى تشهد تدخل أكثر من طرف ، يفترض نظام الملكية التأمينية ان المدين يقوم ابتداء بنقل ملكية احد العناصر الايجابية لذمته المالية ، ويكون ذلك لأغراض ضمانية بحتة ودون اللجوء إلى أى قالب عقدى تقليدى (١) . ويستند البعض ايضاً إلى واقعة شراء شركة التأجير التمويلى الأصل من البائع وليس من المستفيد اى المدين لنفى طابع الملكية التأمينية عن التأجير التمويلى والاقرار بطبيعته الايجارية (٢) .

أما بموجب الشرط الثانى الواجب توافره فى الملكية التأمينية يستبعد الباحث التأجير التمويلى اللاحق من نطاقها ، ذلك ان القالب العقدى الذى يتحقق به انتقال ملكية الأصل إلى شركة التأجير التمويلى هو عقد البيع حيث يرد الائتمان على ثمن المبيـع (٣).

ولا خلاف فى نظرنا على ان شركة التأجير التمويلى تكتسب ملكية الأصل من البائع فى حالة التأجير التمويلى فى صورته التقليدية وان الائتمان فى التأجير التمويلى اللاحق يرد على ثمن بيع الأصل . ومع ذلك يتبين لنا مدى اتساع سلطان الارادات الخاصة فى استغلال القوالب العقدية التقليدية لتحقيق ذات الاغراض التى تنتج عن اللجوء إلى نظام الملكية التأمينية . الا أن الآليات القانونية التى يتحقق من خلالها التأجير التمويلى يقحم عنصر استعمال المستفيد للأصل فى الإتفاق المبرم بين

---

(١) WITZ, op. cit, p. 145 No.156.

(٢) BEY : Banque: Crédit-bail immobilier, op. cit., Fasc. 651, No.6.

(٣) WITZ, op. cit., p. 15o N (1).

شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، وبالتالى تنشأعن هذا الاتفاق علاقات يتجاوز مداها تلك التى تنشأ عن علاقة الملكية التأمينية فى صورتها الرومانية Fiducia وقد اضفى عليها العمل فى فرنسا طابع العلاقة الايجارية .

وايا كان الأمر فإن ملكية الأصل تمثل الضمان الجوهرى الذى تمتع به شركة التأجير التمويلى ضد خطر إعسار المستفيد . ويعد هذا الضمان ركناً اساسيا فى اتفاق التأجير التمويلى وليس مجرد عنصر تابع للاتفاق الأصلى على التمويل .

١٠٤ - نخلص من العرض المتقدم ان التأجير التمويلى كما هو معروف فى فرنسا ذو طابع مالى ، تلعب فيه ملكية الأصل دون الضمان ضد خطر اعسار المستفيد. ولولا ان شركة التأجير التمويلى تحرص على الاحتفاظ بالملكية لظل عنصر استعمال الأصل أجنبياً عن الاتفاق المبرم بين الشركة مانحة الائتمان ومتلقى هذا الائتمان أى المستفيد .

واذا كان قالب الايجار فى نظر شركة التأجير التمويلى هو القالب النموذجى للتعبير عن الغاية التى تبغى تحقيقها الا أنه كان يتعين عليها رفع التناقض بين الآثار التى تترتب على كل علاقة تمويلية وتلك التى يفضى قالب الايجار إلى ترتيبها .

وأولى الخطوات الجوهرية فى سبيل ذلك تتمثل فى هيمنة شركة التأجير التمويلى على العلاقات الناشئة عن عملية التأجير التمويلى ، وذلك عن طريق صيرورتها المحور القانونى لهذه العملية . وهو ما يتحقق لها سواء كنا بصدد التأجير التمويلى فى صورته التقليدية أو بصدد التأجير التمويلى اللاحق .

واذا كانت مصلحة شركة التأجير التمويلى فى تحوير قالب الايجار بحيث تترتب الآثار الطبيعية للعلاقات التمويلية ، فإن ذلك يقتضى انفرادها بتحديد المضمون الاتفاقى لعقد التأجير التمويلى من جانب وانعدام التنظيم التشريعى الآمر لعقد الايجار من جانب آخر . ولذلك تظهر عقود التأجير التمويلى بوصفها من عقود الاذعان [1] ، ويكثر فيها

---

(1) CAPORALE, op. cit., p.11. HARICHAUX-RAMU,op.cit.,p.218
No.5. CROIZAT,op.cit.,p.121BACHASSON, op.cit.,p.169 No.
وقارن: BEY: De La symbiotique..., op. Cit., p. 38. OUERDRAOGO, op. cit., p.227

الخروج على القواعد العامة فى عقد الايجار استغلالاً للطابع المكمل لهذه القواعد فى القانون المدنى الفرنسى .

ولا غرابة اذن ان تدور جميع الاحكام الاتفاقية للتأجير التمويلى حول حقيقة طابعه المالى ، فتقترب ضوابط قبول التعاقد من قبل شركة التأجير التمويلى من ضوابط قبول الاقراض التى تتبعها البنوك [1] ، كما يتوافر فى العقد طابع الاعتبار الشخصى [2] ، وتدور الأحكام الخاصة بالمحافظة على الاصل ومواجهة حالات هلاكه حول دور ملكيته التأمينية فتكون هذه الأحكام اقرب إلى أحكام الرهن الرسمى منها إلى أحكام عقد الايجار [3] .

الا ان التأكيد على تلك الحقائق يقتضى سبق تحليل النظام القانونى لعقد التأجير التمويلى ، ولئن كانت هذه الدراسة هى محل الباب الثانى من هذا البحث يمكننا على ضوء الخصائص العامة لعملية التأجير التمويلى الوقوف على الاتجاه العام للتنظيم الاتفاقى لعقود التأجير التمويلى .

وبالاضافة إلى ذلك نكون بصدد انفصام قانونى حول طبيعة التأجير التمويلى ، ويمكن على ضوء ذلك معاملته بالنظر إلى كل طابع يتميز به او يجرى العمل على اضفائه عليه . وبعبارة اخرى يمكن النظر إلى التأجير التمويلى تارة باعتباره عملية تمويل ، وتارة اخرى باعتباره عملية تأجير ، وتارة ثالثة باعتباره وسيلة ضمان Technique de garantie . وعلينا الآن بحث إلى أى مدى تأثر المشرع الفرنسى بهذا التعدد الصورى لطبيعة التأجير التمويلى عند وضعه للاطار التنظيمى العام لهذا النشاط .

---

(١) PACE : Pratique..., op.cit, p. D13.

(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit - bail immobilier..., op. cit, p. 44.
BAKOUKA, op. cit, p. 22. CALAIS-AULOY, op.cit, No.92

(٣) DOWIDAR: Du déséquilibre des prestations dans la convention de crédit-bail, Thèse Droit, Bordeaux, 1990, p. 672 et s.

الفصل الثانى

الاطـار التنظيمى
لنشاط التأجير التمويلى فى فرنسا

١٠٥ - يعبر ظهور نشاط اقتصادى مستحدث عن حاجة اجتماعية يأتى لتلبيتها. الا ان ازدهار هذا النشاط يتوقف على عدة عناصر تتعلق بالبيئة الاجتماعية التى يزاول فيها ، منها وبصفة جوهرية العنصر القانونى . فمن الانشطة ما لا يواجه صعوبات تذكر فى الخضوع لقواعد النظام القانونى المستقرة لملاءمتها لطبيعة هذا النشاط ، ومنها ما يكون فى حاجة إلى تنظيم قانونى خاص سواء من حيث النظام القانونى للمنشآت التى تزاول النشاط أو من حيث الأحكام الضريبية التى يخضع لها أو اخيراً من حيث تنظيم العلاقات التى تنشأ بين المنشأة والغير بمناسبة مزاولة هذا النشاط. وفى هذه الحالة قد تمثل القواعد القانونية العامة عقبة امام مزاولة النشاط وازدهاره مما يبرر تدخل السلطات العامة لسن قواعد خاصة للإطار التظيمى للنشاط على ضوء ما يتمتع به من خصائص وسمات ولكى يتحقق له الذيوع والإزدهار المنشودان .

١٠٦ - والتأجير التمويلى نشاط مستحدث ، يتميز اساساً بطابعه المالى مع الباس العلاقة القانونية الرئيسية الناشئة عنه ثوب الايجار . وفيه يلعب حق الملكية دوراً فريداً اذ يمثل الضمان الجوهرى لحصول مانح الائتمان على ما يكون مستحقاً له فى ذمة المستفيد .

وتثير هذه الخصائص المميزة للتأجير التمويلى عدة اشكاليات تتعلق بتنظيم هذا اللون الجديد للنشاط الاقتصادى من الوجهة القانونية .

وأولى هذه الاشكاليات تتعلق بالنظام القانونى لمنشآت التأجير التمويلى . ذلك ان احترافها نشاط التمويل وخوضها العديد من العمليات يتطلب منها استثمار رؤوس أموال كبيرة مما يتحتم معه توفير سبل حصولها على رؤوس الأموال هذه وما يفرضه

ذلك من ضرورة تقديم ضمانات كافية للقائمين عليها من جانب وللمتعاملين معها من جانب آخر . ويجب اذن البحث عن انسب الاشكال القانونية لمنشآت التأجير التمويلى بالنظر إلى طبيعة النشاط الذى تقوم به .

ومن جانب ثان، لا يخفى ما للأحكام الضريبية من آثار على ازدهار أى نشاط اقتصادى . فقد يمثل النظام الضريبى عائقاً فى سبيل ازدهاره أو على العكس يكون بمثابة العنصر الدافع لانتشاره وازدهاره . وتستخدم السلطات العامة السلاح الضريبى لتشجيع بعض اوجه النشاط أو للحد من بعض الاوجه الاخرى وفقاً لما تراه ملائماً للظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة ، وتتحدد سياستها التشريعية فى مجال فرض الضريبة على ضوء هذه الاعتبارات . وبالتالى يتعين علينا بحث إلى أى مدى كانت المعاملة الضريبية لنشاط التأجير التمويلى فى فرنسا ذات اثر دافع لانتشاره وازدهاره .

ومن جانب ثالث اذا كانت ملكية الأصل تمثل الضمان الذى لا غنى لمنشآت التأجير التمويلى عنه حتى يمكنها الاقدام على منح الائتمان لعملائها فلا شك أنها تبحث عن اقصى مدى لفعالية هذا الضمان ليس فقط فى مواجهة المستفيد وانما وبصفة خاصة فى مواجهة الغير . فقد تتهدد هذه الفعالية لكون الاصل فى حيازة المستفيد رغم ملكية منشأة التأجير التمويلى له ، وينشأ عن ذلك وضع ظاهر يبرر اعتقاد الغير بأن الأصل مملوك فى واقع الأمر للمستفيد وليس للمنشأة . ولذلك يثور التساؤل حول ضرورة فرض التزام على عاتق منشآت التأجير التمويلى بشهر العقود التى يبرمها مع عملائها حتى تكون حقوق الملكية التى تتمتع بها نافذة فى مواجهة الغير .

١٠٧ - وعلى ضوء ذلك تتحدد معالم الموضوعات الرئيسية التى يتعين علينا بحثها فى سبيل الوقوف على الاطار التنظيمى العام لنشاط التأجير التمويلى فى فرنسا . ونفرد مبحثاً خاصاً لمختلف هذه الموضوعات على النحو التالى :

المبحث الأول : النظام القانونى لمنشآت التأجير التمويلى .

المبحث الثانى : النظام الضريبى لنشاط التأجير التمويلى .

المبحث الثالث : نظام شهر عقود التأجير التمويلى .

المبحث الأول
النظام القانونى
لمنشآت التأجير التمويلى

١٠٨ - عندما صدر القانون رقم ٦٦ - ٤٥٥ بتاريخ ٢ يوليو ١٩٦٦ الخاص بالمنشآت التى تزاول التأجير التمويلى اخضع المشرع الفرنسى هذه المنشآت للنظام القانونى الخاص بالمنشآت التى تعمل فى مجال المال والائتمان أى البنوك والمؤسسات المالية المختلفة .

وبذلك يكون المشرع قد اعتد بالطابع المالى للتأجير التمويلى عند تحديده للنظام القانونى لمنشآت التأجير التمويلى ، وقدر أنه انسب الانظمة التى يتعين اخضاع هذه المنشآت لها لما توفره من مزايا لها وما تفرضه عليها من قيود تخدم توجهات الاقتصاد القومى فى مجال المال والائتمان .

الا أن القانون المذكور صدر عام ١٩٦٦ ، أى بعد اربع سنوات على تأسيس أولى شركات التأجير التمويلى الفرنسية LOCAFRANCE. وقد صادف صدور هذا القانون سريان قانونين ينظمان البنوك والمؤسسات المالية هما القانون الصادر فى ١٣ يونيو ١٩٤١ والقانون الصادر فى ١٤ يونيو ١٩٤١ ، وتم اخضاع منشآت التأجير التمويلى لأحكامهما . وفى عام ١٩٨٤ تم الغاء هذين القانونين وحل محلهما القانون رقم ٨٤ - ٤٦ بتاريخ ٢٤ يناير ١٩٨٤ الخاص بنشاط مؤسسات الائتمان والرقابة عليها [١] . وهو القانون المعمول به الآن والذى تخضع منشآت التأجير التمويلى

---

(١) Journal Officiel, 25 janvier 1984 JCP 1984 III 55 250. Modifieé par l' article 5 de la loi No 85 - 695 du 11/7/1985 (Dalloz 1985 L 386), L'article 60 - III de l' ordonnance No 86 - 1243 du 17/6/1986 (Dalloz 1987 L 3) et l' article 11 de la loi No. 9o - 614 du 12/7/1990 (Dalloz 1990 L334) .

لأحكامه وأحكام اللوائح التنفيذية الصادرة تنفيذاً له [١] .

ويتضح من ذلك ان النظام القانونى لمنشـآت التأجير التمويلى مرت بمراحل ثلاثة : مرحلة خضوعها للقواعد العامة وهى المرحلة السابقة على ١٩٦٦ ، ومرحلة خضوعها للقوانين الخاصة بالبنوك والمؤسسات المالية الصادرة فى ١٩٤١ وهى المرحلة الواقعة بين عامى ١٩٦٦ و١٩٨٤ ، والمرحلة الأخيرة هى مرحلة خضوعها لأحكام قانون مؤسسات الإئتمان لعام ١٩٨٤ . ومن جانب آخر ذكرنا بمعرض الحديث عن التعريف التشريعى للتأجير التمويلى العقارى ان لائحة ١٩٦٧ استحدثت شكلاً من اشكال الشركات هو الشركة العقارية للتجارة والصناعة ، وقد نوهنا إلى أنه شكل جوازى لمنشآت التأجير التمويلى العقارى يكون لها اتخاذه أو تركه .

ولذلك يتعين علينا دراسة الأحكام العامة لمنشآت التأجير التمويلى الفرنسية على ضوء المراحل المختلفة التى مرت بها ، كما يتعين علينا دراسة الأحكام الخاصة بالشركة العقارية للتجارة والصناعة .

المطلب الأول
الأحكام العامة لمنشـآت التأجير التمويلى

أولاً : مرحلة ما قبـل ١٩٦٦ :

١٠٩ - قبل صدور قانون ١٩٦٦ لم يكن نشاط التأجير التمويلى خاضعاً لثمة أحكام خاصة به ، وبالتالى لم يكن هناك من مناص من تطبيق القواعد العامة عليه .

---

(١) Décret No. 84 - 708 du 24 juillet 1984 (Dalloz 1984 L 480). Décret No. 84 - 709 du 24 juillet 1984 (Dalloz 1984 L 482), modifié par le décret No 85 - 371 du 27 mars 1985 (Dalloz 1985 L 247), le décret No. 87 - 92 du 9 février 1987 (Dalloz 1987 L 247), le décret No 87 - 726 du 28 Août 1987 (Dalloz 1987 L 384) et le décret No 87-946 du 25 novembre 1987 (Dalloz 1987 L 454).

ولذلك لم يكن هناك ثمة مانع من ان يزاول الشخص الطبيعى نشاط التأجير التمويلى . وإذا تم تأسيس احدى الشركات لمزاولة هذا النشاط كان الشركاء احراراً فى اختيار الشكل القانونى لهذه الشركة (١) .

ونظراً لما يتطلبه نشاط التأجير التمويلى من رؤوس أموال كبيرة لم يلجأ الأفراد إلى مزاولته وانما شهد العمل تأسيس الشركات لهذا الغرض . ولكن سرعان ما اتضح عدم ملاءمة الاشكال التقليدية للشركات التجارية بل كانت عائقاً نحو ذيوع نشاط التأجير التمويلى وازدهاره (٢) . ذلك ان سبل التمويل المتاحة للشركات التجارية تتميز بمحدوديتها بالمقارنة مع الاحتياجات المالية الضخمة لشركات التأجير التمويلى . وكانت مقتضيات التوسع فى هذا النشاط تجعل أموال الشركة الذاتية من رأسمال واحتياطيات جانباً ضئيلاً من الأموال اللازمة لها فى شكلها النقدى . وبالتالى تتجه شركات التأجير التمويلى بصفة تلقائية نحو الحصول على مصادر تمويل خارجية عنها، ويصبح التمويل الخارجى عن المشروع عنصراً جوهرياً من عناصر ازدهار هذه الشركات .

ويلاحظ ان شركات التأجير التمويلى الأولى فى فرنسا نشأت كشركات وليدة عن البنوك اساساً وعن بعض شركات التأمين الكبرى . واتسمت علاقة الشركة الوليدة بالشركة الام بإلحاح الأولى المستمر على تزويد الشركة الأم لها بالسيولة النقدية اللازمة لها للقيام بعمليات التأجير التمويلى المختلفة (٣) .

وقد بدأ نشاط التأجير التمويلى فى الانتشار فى فرنسا فى وقت لجأت فيه الدولة الفرنسية إلى فرض هيمنتها الصارمة على أسواق المال والائتمان حتى يتسنى لها القضاء

---

(١) BEY et GAVALDA: Le crédit - bail mobilier, Op. Cit, p. 23.

(٢) PFEIFFER: Le prêt - à - bail immobilier, Hommes et Commerce, No.99, novembre 1967, p. 60.

(٣) CHAMPAUD, JCP 1965, Op. Cit, No.8. Bey et GAVALDA: Le Crédit- bail mobilier, Op. Cit, p. 23. PRINCE AGBODJAN, Op.Cit, p. 19.

على موجات التضخم التى بدأت تجتاح الاقتصاد الفرنسى فى اعقاب مرحلة النمو الكبير الذى شهده خلال الخمسينات والستينات من القرن العشرين . ولذلك ثارت الضرورة الملحة للدولة الفرنسية إلى فرض رقابتها على منشآت التأجير التمويلى باعتبارها فى واقع الأمر من المؤسسات المالية التى تعمل فى مجال منح الائتمان [1] .

١١٠ - وبذلك التقت المصلحة الخاصة لشركات التأجير التمويلى فى الخضوع لنظام قانونى يسمح لها باتساع الآفاق التمويلية التى تبتغيها والمصلحة العامة للدولة الفرنسية فى فرض رقابتها على هذه الشركات . فصدر قانون ١٩٦٦ وغايته الاساسية اخضاع شركات التأجير التمويلى للأحكام الخاص بمؤسسات الائتمان ، ويتضح ذلك من عنوان القانون ذاته اذ يتعلق بالمنشآت التى تزاول التأجير التمويلى .

وتجدر الاشارة فى هذه الصدد ان تحديد النظام القانونى لمنشآت التأجير التمويلى كان يقتضى من المشرع تعريفها ، وسبيله إلى ذلك تعريف نشاط التأجير التمويلى ذاته . وهذا ما يفسر تناول المشرع الفرنسى التأجير التمويلى بالتعريف ، اذ هو المحدد الرئيسى لنطاق تطبيق قانون ١٩٦٦ . والمشرع وان كان قد تعجل فى وضع التعريف التشريعى للتأجر التمويلى فى النص الأصلى للقانون [2] ، الا أنه تدخل بموجب

---

(١) وللدلالة على تأثير نشاط التأجير التمويلى على ظاهرة الخصم نشير إلى أن الدولة الفرنسية اتجهت فى عام ١٩٦٩ إلى الحد من الاعتمادات متوسطة الأجل التى يسمح باعادة خصمها لدى البنك المركزى الفرنسى . ومن بين القرارات التى اتخذتها فى سبيل ذلك قرارات من شأنها الحد من التمويل الذى تحصل عليه شركات التأجير التمويلى ، مما يدل على تأثير نشاطها على حال أسواق الائتمان فى الاقتصاد القومى . انظر فى ذلك :

BANQUE DE FRANCE : Le crédit - bail mobilier, Op. Cit, p.7.

(٢) فقد كانت المادة الأولى من النص الأصلى لقانون ١٩٦٦ قبل تعديله بموجب لائحة ١٩٦٧ تجمع فى تعريفها للتأجير التمويلى بين التأجير التمويلى للمنقولات والتأجير التمويلى العقارى على نحو لم يكن يسمح بشمول كافة فروض التأجير التمويلى كما يشهدها العمل فى فرنسا وخاصة فيما يتعلق بالتأجير التمويلى العقارى . وقد تداركت لائحة ١٩٦٧ هذا الأمر كما رأينا من قبل .

ونورد النص الأصلى للمادة الأولى من قانون ١٩٦٦ مع الاشارة إلى أن مشروع القانون المصرى تبنى ما يشمله من تعريف للتأجير التمويلى فى مادته الأولى فقرة أولى :

" Les opérations de crédit - bail visées par la présente loi sont les =

لائحة ١٩٦٧ وقام بتعديل هذا التعريف على نحو ما رأينا فى الفصل السابق . ولو ان تدخل المشرع لم يكن قد تجاوز النص الأصلى للقانون لصار فى الامكان عدم الاعتداد بالدلالة القطعية لتعريفه للتأجير التمويلى ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بتكييف العلاقة الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد بأنها علاقة ايجارية . اما وقد تدارك عيوب التعريف الأصلى باصداره لائحة ١٩٦٧ يصير للنص بعد تعديله دلالة قطعية على مراد المشرع الفرنسى .

ومن جانب آخر لا يسرى قانون ١٩٦٦ الا على عمليات التأجير التمويلى كما يعرفها المشرع ، أى تلك العمليات التى تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها قانوناً والتى سبق لنا تحليلها بصدد تحديد المفهوم القانونى للتأجير التمويلى . وبالتالى ليس هناك ثمة ما يمنع من مزاولة عمليات لا تتوافر فيها الشروط المذكورة ، الا أنها لن تخضع بطبيعة الحال لأحكام قانون ١٩٦٦ .

ثانياً : المرحلة بين عامى ١٩٦٦ و١٩٨٤ :

١١١ - قبيل صدور قانون ١٩٦٦ كانت الدولة الفرنسية تسعى إلى تزويد شركات التأجير التمويلى بأكبر قدر من الإمكانات المالية . والمثال على ذلك أنه فى فبراير ١٩٦٦ طالب وزير الاقتصاد والمالية المجلس القومى للائتمان Conseil National du Crédit - وكان المؤسسة المختصة فى هذا الوقت بالرقابة المالية على البنوك والمؤسسات المالية - بمضاعفة حد الاقتراض المسموح به لشركات التأجير التمويلى

---

opérations de location de biens d' équipement, de matériel d' outillage ou de biens immobiliers à usage professionnel, spécialement achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur dénomination, donnent au locataire la Faculté d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers" .

للحصول على القروض متوسطة الأجل [١] . ثم ضاعفت الحكومة الفرنسية من امكانية حصول شركات التأجير التمويلى على الاعتمادات متوسطة الأجل التى يسمح باعادة خصمها لدى البنك المركزى الفرنسى [٢] .

وبموجب المادة الثانية من قانون ١٩٦٦ تخضع المنشآت التى تزاول على وجه الاعتياد نشاط التأجير التمويلى لأحكام قانون ١٣ يونيو ١٩٤١ أو قانون ١٤ يونيو ١٩٤١ بحسب الأحوال . وبذلك صارت السوق المالية مصدر تمويل هذه الشركات الرئيسى ولم يعد لجوئها إلى زيادة رأس المال أو اصدار السندات الا مجرد ادوات ثانوية وتكميلية لحصولها على التمويل اللازم لها [٣] .

١١٢ - وتقضى المادة المذكورة فى فقرتها الأولى المضافة بموجب المادة الثالثة من لائحة ١٩٦٧ بأنه لا يجوز لغير المنشآت التجارية مزاولة عمليات التأجير التمويلى الخاضعة لأحكام القانون على وجه الاعتياد . ويتضح من ذلك أنه يجوز القيام بأحدى هذه العمليات بصفة عرضية من قبل المنشآت التى لا يصدق عليها وصف المنشآت التجارية Entreprises commerciales . أما القيام بها على وجه الاعتياد فهو مقصور على هذه الأخيرة .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ذاتها على خضوع هذه المنشآت لأحكام قانون ١٣ يونيو ١٩٤١ أو قانون ١٤ يونيو ١٩٤١ بحسب الأحوال ويتعلقان بتنظيم نشاط البنوك والأنشطة المقاربة لها . ويترتب على ذلك ان يكون لمنشآت التأجير التمويلى الخيار بين النظام القانونى للبنوك Banques والنظام القانونى للمؤسسات المالية Eta-

---

(١) LELOUP: JCP 1967 II 15 291, note sous Tribunal de commerce de Vervins, 18 avril 1967.

(٢) BEY : De la symbiotique..., op. cit., p. 17.

(٣) CROIZAT, op. cit., p. 196. BANQUE DE FRANCE : Le crédit - bail immobilier, note d' information No.6, décembre 1970, p. 6. BEY et GAVALDA: Le crédit- bail mobilier, op. cit, p. 23.

blissements Financiers [1]. ولكن فى كل الأحوال تخضع منشآت التأجير التمويلى لتوجيهات وتعليمات المجلس القومى للئتمان [2] ، وهو يملك اجازة اختيار المنشأة لنظام البنوك أو نظام المؤسسات المالية [3] .

وتنص الفقرة الثالثة من المادة الثانية من القانون على اعتبار المنشآت التى تتولى ادارة الشركات التى يتم تأسيسها من أجل القيام بعملية محددة من عمليات التأجير التمويلى العقارى الخاضعة لأحكام القانون من قبيل منشآت التأجير التمويلى العقارى، وتلتزم بالتالى بأحكام قانون ١٩٦٦ . ويعد ذلك تقنيناً صريحاً من قبل المشرع الفرنسى لما يجرى عليه العمل فى بعض الأحوال من تأسيس الشركة المدنية العقارية لأجل تنفيذ احدى عمليات التأجير التمويلى العقارى . وعلى ضوء النص المتقدم وبالرغم من أن الشركة التى تساهم مع المستفيد فى تأسيس الشركة المدنية العقارية هى التى تقوم قانونا بتأجير العقار المملوك لها إلى المستفيد تعتبر الشركة التى تساهم مع المستفيد فى تأسيس الشركة المدنية العقارية من قبيل منشآت التأجير التمويلى .

١١٣ - ويكمن وجه التمييز بين البنك والمؤسسة المالية فى ظل قانونى ١٩٤١ فى اختلاف مصدر الأموال التى تحصل عليها المنشأة كوعاء للإئتمان الذى تمنحه : فالبنك وحده يستطيع تلقى أموال الجمهور فى صورة ودائع ، اما المؤسسة المالية فلا تتلقى الودائع من الجمهور وبالتالى تمنح الائتمان من أموالها الذاتية أو ما تحصل عليه من قروض واعتمادات [4] . وقد حددت المادة الثالثة من قانون ١٩٦٦ مدة انتقالية يتعين خلالها على المنشآت التى كانت قائمة وقت صدور القانون توفيق اوضاعها بما يتسق وأحكام قانونى ١٩٤١ . وقد حدد النص هذه المدة بستة اشهر ، وفرض على

---

(١) CHAMPAUD : JCP 1966, op. cit.

(٢) PACE: Pratique...,op.cit., p.A 13.CROIZAT,op.cit., p. 208 et s.

(٣) CAPORALE, op.cit, p.94. BIRBES, op. cit, p. 3.VOULET : Leasing ou Crédit- bail, L' informateur du chef d' entreprise, No 564, mai 1967, p. 455.

(٤) CAPORALE, op . cit , P. 100 . CABRILLAC, op . cit , No. 13 .

المنشآت التي تقوم بتوفيق اوضاعها انهاء نشاط التأجير التمويلي بمفهومه المحدد في المادة الأولى من القانون .

وبالاضافة إلى ذلك تفرض المادة الرابعة من قانون ١٩٦٦ عقوبة جنائية على كل شخص يزاول لحسابه الشخصي أو لحساب احدى الشركات عمليات التأجير التمويلي دون الخضوع لأحكام قانون ١٣ يونيو ١٩٤١ أو ١٤ يونيو ١٩٤١ أو لأحكام اللوائح الصادرة تنفيذاً لهما . وتفرض على المخالف العقوبات الجنائية المنصوص عليها في هذين القانونين .

وكذلك تقضي المادة الخامسة من قانون ١٩٦٦ بفرض الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في المادة ٥٢ من قانون ١٣ يونيو ١٩٤١ والمادة ٦ من قانون ١٤ يونيو ١٩٤١ على كل شخص أو منشأة تزاول عمليات التأجير التمويلي على وجه الاعتياد بالمخالفة لأحكام قانوني ١٣ و١٤ يونيو ١٩٤١ .

ولقد اختارت اغلب هذه المنشآت الخضوع للنظام القانوني للمؤسسات المالية التي لا يحق لها تلقي ودائع الجمهور ، وان كان البعض القليل منها فضل الخضوع للنظام القانوني للبنوك وتقررت لهذه المنشآت بالتالي مكنة تلقي الودائع من الجمهور (١).

١١٤ - وطبقاً للمادة السادسة من قانون ١٣ يونيو ١٩٤١ يجوز للبنك اتخاذ أي من الاشكال الآتية : شركة التضامن وشركة التوصية بنوعيها وشركة المساهمة ذات رأس المال الثابت . ويتضح من ذلك أنه لا يجوز لغير الشركات مزاولة العمليات المصرفية ، كما لا يجوز للبنك اتخاذ شكل آخر غير الاشكال المنصوص عليها على سبيل الحصر .

وغالباً ما تتخذ البنوك شكل شركة المساهمة ،وهو الشكل الذى تبنته ايضاً

---

(١) CABRILLAC, Op .Cit , No. 13 . OUERDRAOGO , Op . Cit , P . 39 . BIRBES , Op . Cit , P . 3 .

منشآت التأجير التمويلى التى اختارت الخضوع للنظام القانونى للبنوك[1] .

ويجب ادراج البنك فى قائمة البنوك الرسمية فضلاً عن وجوب انضمامه إلى الجمعية المهنية للبنوك Association Professionnelle des Banques [2] . ويشترط القانون ايضاً حداً ادنى لرأسمال البنك قدره خمسة ملايين فرنك فرنسى على ان يتم الاكتتاب فيه بالكامل عند تأسيس البنك [3] .

وطبقاً للمادة الثامنة من قانون ١٤ يونيو ١٩٤١ تستطيع المؤسسة المالية ان تتخذ أى شكل من اشكال الشركات . ويتضح من ذلك أنه لا يجوز لغير الشركات مزاولة النشاط المالى فى فرنسا . الا أن المشرع لا يفرض على المؤسسات المالية اشكالاً محددة من اشكال الشركات ، وذلك على خلاف البنوك .

ويتعين ايضاً ادراج المؤسسة المالية فى القائمة الرسمية للمؤسسات المالية ، فضلاً عن انضمامها إلى الجمعية المهنية للمؤسسات المالية Association Professionnelle des Etablissements Financiers [4].

وفيما يتعلق بالحد الادنى لرأسمال المؤسسة المالية يميز المشرع الفرنسى بين فرضين :

الأول : هو اتخاذ المؤسسة شكل شركات الأموال أى شركات الاسهم - وتشمل شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم - والشركات ذات المسئولية المحدودة . ويجب فى هذا الفرض ألا يقل رأسمال المؤسسة عن مليونين وخمسمائة ألف فرنك فرنسى .

الثانى : هو اتخاذ المؤسسة لأى شكل آخر من اشكال الشركات أى بخلاف ما تم ذكره فى الفرض الأول ، ويكتفى المشرع برأسمال لا يقل عن مليون ومائتين

(٢) CREMIEUX - ISRAEL, op . cit , P . 26 .

(٢) CAPORALE, op .cit ., P .96 .CABRILLAC ,op . cit., No. 13 .

(٣) CREMIEUX - ISRAEL, op . cit., P. 26 . CAPORALE, op .cit., p. 96 .

(٤) CREMIEUX - ISRAEL, op . cit., P . 26 .

وخمسين ألف فرنك [١] .

وفى كل الأحوال أى بصرف النظر عن الشكل القانونى الذى تتخذه المؤسسة يجب ان يتم الاكتتاب فى رأس المال بالكامل عند تأسيس المؤسسة [٢] .

١١٥ – ولقد سبقت لنا الاشارة إلى أن اخضاع منشآت التأجير التمويلى للنظام القانونى للبنوك والمؤسسات المالية كان بمثابة توفيقا بين مصالح هذه المنشآت ومصالح الدولة الفرنسية . ويترجم ذلك بالمزايا التى يمنحها النظام القانونى للبنوك والمؤسسات المالية إلى منشآت التأجير التمويلى وما يفرضه عليها من قيود تتحقق بها رقابة الدولة على نشاطها.

فمن جانب اصبحت شركات التأجير التمويلى جزءاً من الجهاز المصرفى والمالى الفرنسى . وترتب على ذلك افادتها بخدمات مركز المخاطر Centrale des Risques التابع للبنك المركزى الفرنسى . وتتمثل هذه الخدمات فى مد البنوك والمؤسسات المالية بجميع المعلومات اللازمة لمزاولة نشاطها ، وخاصة تلك المتعلقة بالعملاء [٣] .

ومن جانب آخر صار فى امكان شركات التأجير التمويلى الولوج إلى السوق المصرفية لحصولها على مصادر التمويل اللازمة لها [٤] ، واصبحت وسائل التمويل التى تمنحها هذه السوق المصدر الرئيسى لمد شركات التأجير التمويلى بالأموال وان اختلفت

---

(١) وجدير بالاشارة الى ان تحديد قيمة الحد الادنى لرأسمال البنك أو المؤسسة المالية على النحو الذى عرضنا له تم بموجب لائحة صادرة بتاريخ ٤ فبراير ١٩٧٢ . ولم يكن قانونا ١٣ و١٤ يونيو ١٩٤١ ينصان على ذات القيم وان اخذا بمبدأ تحديد حد ادنى لرأسمال البنك والمؤسسة المالية . وقد دعت الطفرات التى شهدتها قيمة العملة الوطنية الفرنسية الى ضرورة اجراء هذا التعديل .

(٢) CAPORALE, op . cit., P . 98 .

(٣) BEY et GAVALDA : LE crédit - bail Mobilier, op , cit., P . 22.

BRANDELA, op . cit ., P . 3 .COILLOT : La loi du 2 juillet ....,op . cit .,

(٤) COILLOT : Initiation ..., op . cit , P. 204 . LELOUP : Le recours ..., op . cit.,

ضوابط منحها باختلاف النظام القانونى الذى تخضع له الشركة على ضوء اعتبارها من البنوك أو من المؤسسات المالية [1] .

وفى المقابل ترتب على خضوع منشآت التأجير التمويلى للنظام القانونى للبنوك والمؤسسات المالية ان صارت ملتزمة بابلاغ مركز المخاطر التابع للبنك المركزى الفرنسى بكافة العمليات التى تقوم بها [2] . وبذلك تستطيع السلطات العامة الوقوف على حجم نشاط هذه المنشآت وتحديد مركزها المالى على وجه الدقة .

كما اصبحت منشآت التأجير التمويلى خاضعة لرقابة المجلس القومى للائتمان ، وهو يملك تحجيم نشاط هذه المنشآت ووضع الحدود القصوى للقروض التى يمكنها الحصول عليها .

ومثال ذلك صدور قرار المجلس رقم ٧٠ - ٧ فى عام ١٩٧٠ الذى فرض على شركات التأجير التمويلى وجوب مراعاتها نسبة محددة بين قيمة أموالها الذاتية والحقوق المالية التى تنشأ لها عن عقود التأجير التمويلى . ومؤدى عدم تجاوز هذه النسبة وضع حجم نشاط هذه الشركات فى حدود معينة [3] .

وفى شهر نوفمبر من العام ذاته اتفق المجلس القومى للائتمان مع البنك المركزى الفرنسى على أنه لا يجوز منح شركات التأجير التمويلى اعتمادات متوسطة الأجل مما يجوز اعادة خصمه لدى البنك المركزى بما يجاوز نصف قيمة المعدات الإنتاجية التى تقوم شركات التأجير التمويلى بشرائها بعد تاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٧٠ تنفيذاً لعقود التأجير التمويلى . وبالاضافة إلى ذلك لا يجوز منح الشركات الاعتمادات المذكورة بما يجاوز ٥٠٪ من قيمة الأصول المملوكة للشركات بموجب عقود التأجير التمويلى . ويشمل هذا القيد الأصول التى تم شراؤها قبل تاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٧٠ وتلك التى تم شراؤها بعد هذا التاريخ [4] .

---

(١) CROIZAT, op . cit., P . 196 .

(٢) BAKOUKA, op . cit., P . 28 . COILLOT : La loi du 2 juillet ..., op . cit .

(٣) GAVALDA et STOUFFLET, op . cit., P. 295 No 242 .

(٤) BANQUE DE FRANCE : Le crédit - bail mobilier , op. cit , P.5.

ثالثاً : مرحلة ما بعد ١٩٨٤ :

١١٦ - فى ٢٤ يناير ١٩٨٤ صدر القانون رقم ٨٤ - ٤٦ الخاص بنشاط مؤسسات الائتمان والرقابة عليها . وطبقاً للمادة ٩٤ فقرة ثانية بند ١ تستبدل أحكام القانون الجديد بالأحكام الواردة فى قانون ١٩ يونيو ١٩٣٠ وقانون ١٣ يونيو ١٩٤١ وقانون ١٤ يونيو ١٩٤١ وقانون ٢ ديسمبر ١٩٤٥ التى يشار إليها فى أية نصوص تشريعية أو لائحية تكون نافذة وقت صدور هذا القانون الجديد.

وبما أن المادة الثانية من قانون ١٩٦٦ تشير إلى خضوع منشآت التأجير التمويلى لأحكام قانونى ١٣ و١٤ يونيو ١٩٤١ تصبح هذه المنشآت بموجب المادة ٩٤ المشار إليها خاضعة لأحكام قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ بمجرد دخوله حيز النفاذ .

ولقد انشأ القانون الجديد ما يعرف بمؤسسات الائتمان Etablissements De crédit ، ويتضمن قواعد خاصة بتنظيم نشاط هذه المؤسسات وقواعد خاصة بالرقابة عليها [١].

وتحدد المادة الأولى فقرة أولى من القانون المقصود بمؤسسات الائتمان ، وهى الاشخاص المعنوية التى تزاول العمليات المصرفية على وجه الاحتراف . وطبقاً للفقرة الثانية من المادة ذاتها تتمثل العمليات المصرفية فى عمليات تلقى الودائع من الجمهور ومختلف عمليات الائتمان فضلاً عن منح العملاء سبل الوفاء بديونهم أو سبل إدارة أموالهم.

أما المادة الثالثة فقرة أولى من القانون فتحدد المقصود بعمليات الائتمان . وتتمثل فى كل عمل يقوم به أحد الاشخاص وبموجبه يضع أموالا تحت تصرف شخص آخر ، او يعده بوضع هذه الأموال تحت تصرفه ، أو يقوم باعارة توقيعه إلى شخص آخر على سبيل الكفالة أو الضمان .

وطبقاً للفقرة الثانية من المادة المذكورة تعتبر أعمال التأجير التمويلى من قبيل عمليات الائتمان ، وبصفة عامة كل تأجير يقترن به تمكين المستأجر من تملك المال

---

(١) انظر فى ذلك - GAVALDA et STOUFFLET : La loi bancaire du 24 janvier 1984 , JCP 1985 I 3176 .

المؤجر . وتجدر الاشارة فى هذا الصدد إلى أن المادة الخامسة من قانون ١٩٨٤ تجيز لشركات التأجير التمويلى القيام بتأجير المنقولات أو العقارات فى صورة ايجار تقليدى، أى دون ان تقترن به إمكانية تملك المال المؤجر . ومع ذلك لا تخضع عمليات التأجير التقليدية لأحكام قانون ١٩٦٦ لأنها تشترط اقتران إمكانية التملك بالايجار لسريانها على عقود الايجار [١].

ويتأكد بذلك خضوع منشآت التأجير التمويلى لأحكام قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ ، وتأخذ بالتالى وصف مؤسسات الائتمان . وبما أن هذا الوصف لا يتعلق الا بالاشخاص المعنوية فإنه لا يجوز لغير هذه الاشخاص مزاولة نشاط التأجير التمويلى الخاضع لأحكام قانون ١٩٦٦ [٢].

١١٧ - وطبقاً للمادة ١٥ من قانون ١٩٨٤ يجب على مؤسسة الائتمان قبل البدء فى مزاولة نشاطها الحصول على موافقة اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٢٩ من القانون على تأسيس المؤسسة. واللجنة المذكورة هى لجنة مؤسسات الائتمان Comité des Etablissements de crédit وتختص هذه اللجنة طبقاً للمادة ٣١ من القانون بمراقبة صحة تأسيس مؤسسات الائتمان والترخيص لها بالتأسيس ، كما يكون لها اصدار القرارات الخاصة باعفاء المؤسسات من توافر بعض الشروط طبقاً لما يقضى به القانون او باعفائها من الخضوع لبعض احكامه ما لم تكن هذه القرارات من اختصاص لجنة البنوك . وتقضى المادة ٣٢ من القانون بوجوب صدور قرارات لجنة مؤسسات الائتمان مسببة ويجوز الطعن فيها أمام محاكم جهة القضاء الادارى .

اما بخصوص الرقابة على مزاولة نشاط مؤسسات الائتمان فهى تتحقق من خلال التزام هذه المؤسسات قرارات لجنة النظم المصرفية Comité de la Réglementation Bancaire وبقرارات لجنة البنوك Commission bancaire . وتحدد المادة ٣٣

---

(١) واهم ما يترتب على ذلك هو عدم خضوع عقود الايجار التقليدية للالتزام بشهر هذه العقود . وذلك لأن المادة الاولى فقرة ثالثة من قانون ١٩٦٦ لا تلزم شركات التأجير التمويلى الا باشهار العقود الخاضعة لأحكام هذا القانون وهى تلك التى تسمح للمستفيد بتملك المال المؤجر .

(٢) GAVALDA et STOUFFLET , Op . Cit , No. 16 .

من قانون ١٩٨٤ اختصاصات اللجنة الأولى بينما تحدد المادة ٣٤ منه اختصاصات اللجنة الثانية . ودون الدخول فى تفاصيل هذه الاختصاصات أو تلك يمكن القول بأن اللجنتين ورثتا جزءا من اختصاصات المجلس القومى للائتمان قبل تعديلها ، وتم توزيعها على اللجنتين المستحدثتين تفادياً لتركيز القرارات المتعلقة بالرقابة على عمليات الائتمان فى قبضة جهاز واحد [١] .

١١٨ – وطبقاً للمادة ١٨ فقرة أولى من قانون ١٩٨٤ تتنوع مؤسسات الائتمان إلى البنوك التعاونية Banques Mutualistes ou Coopératives وصناديق التوفير والادخار Caisses d' épargne et de prévoyance وصناديق الائتمان المحلى Caisses de Crédit Municipal والشركات المالية Sociétés Financières والمؤسسات المالية المتخصصة Caisses Financières Spécialisées .

ومن بين هذه الأنوع المتعددة لمؤسسات الائتمان يعتبر نظام الشركات المالية النظام الوحيد الذى يمكن تطبيقه على منشآت التأجير التمويلى [٢] .

ويترتب على ذلك أنه وفقاً للمادة ١٨ فقرة ثانية من قانون ١٩٨٤ لا يجوز لشركات التأجير التمويلى تلقى ودائع تحت الطلب من الجمهور أو ودائع لأجل يقل عن سنتين ، مالم تحصل على ترخيص بذلك من لجنة النظم المصرفية . ويتضح من ذلك أنه يجوز لشركات التأجير التمويلى تلقى ودائع من الجمهور لأجل يزيد على سنتين . اما دون هذه المدة أو فيما يتعلق بالودائع التى تكون تحت طلب اصحابها فإن الأمر يتوقف على قرار من لجنة النظم المصرفية [٣] .

وكذلك تقضى المادة ١٨ فقرة ثالثة من القانون بأنه لا يجوز للشركات المالية مزاولة العمليات المصرفية التى لا يشملها قرار لجنة مؤسسات الائتمان بالترخيص

---

(١) راجع حكم المادة ٩٤ فقرة ثانية من قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ .

(٢) BEY : JCP 1986 II 20650, note sous cassation Commerciale , 15 janvier 1985 .

(٣) GAVALDA et STOUFFLET , Op . Cit., No. 12 N (27) .

بتأسيس هذه الشركات أو تلك التى لا يجيز القانون للشركات المالية مزاولتها . وتطبيقاً لذلك يتحدد غرض شركات التأجير التمويلى بما ينص عليه قرار تأسيسها ، ويكون مقصوراً على عمليات التأجير التمويلى وما قد يضاف إليها من عمليات تأجير تقليدية .

١١٩ - وإذا كان قانون ١٩٨٤ يعرف مؤسسات الائتمان بانها اشخاص معنوية الا أنه فيما يتعلق بالشركات المالية لم يحدد الشكل القانونى الذى يتعين عليها اتخاذه . ولا يمكن الاعتداد بالقيود التى كانت واردة فى قانونى ١٣ و١٤ يونيو ١٩٤١ اذ لم تعد منشآت التأجير التمويلى خاضعة لأحكامها فضلاً عن الغاء هذين القانونين الغاء صريحاً بموجب المادة ٩٤ فقرة أولى من قانون ١٩٨٤ . ولذلك كان من المتوقع ان تصدر لائحة تنظيمية مكملة لأحكام قانون ١٩٨٤ أو لائحة تنفيذية له يتحدد فيها الشكل القانونى الذى يلزم على الشركات المالية اتخاذه (١). وبالرغم من صدور لائحتين تنفيذيتين لهذا القانون (٢) ، فضلاً عن تدخل المشرع الفرنسى فى أكثر من مناسبة لتعديل بعض احكامه لم يتناول مطلقاً تحديد الشكل القانونى الذى يلزم على الشركات المالية اتخاذه .

ويترتب على ذلك أنه يجوز لهذه الشركات اتخاذ أى شكل من اشكال الشركات التجارية ، بل يكون للشركات التى تم تأسيسها قبل صدور قانون ١٩٨٤ الاستمرار فى الشكل القانونى الذى اتخذته أو كان لزاماً عليها اتخاذه . ويراعى فى هذا الصدد ان كل نص خاص يوجب على بعض شركات التأجير التمويلى اتخاذ شكل محدد من اشكال الشركات أو يحظر عليها اتخاذ بعض هذه الاشكال يبقى نافذاً ,وتخضع له شركات التأجبر التمولى بالرغم من اعتبارها من قبيل

(١) فى هذا المعنى : GAVALDA et STOUFFLET , Op . Cit ., No 16 .

(٢) وهما اللائحة رقم ٨٤ - ٧٠٨ بتاريخ ٢٤ يوليو ١٩٨٤ واللائحة رقم ٨٤ - ٧٠٩ الصادرة فى ذات التاريخ .

الشركات الماليـة[1] .

١٢٠ - يتبين لنا من العرض المتقدم ان مقتضيات التنظيم القانونى للاقتصاد القومى بوجه عام فرض على المشرع الفرنسى الاعتداد بالطبيعة الاقتصادية الواقعية للتأجير التمويلى ، وذلك باعتباره من العمليات المالية التى تأخذ تارة شكل الوساطة المالية - التأجير التمويلى فى صورته التقليدية - وتارة أخرى شكل التمويل المباشر - التأجير التمويلى اللاحق - ، ومنذ ان صدر أول قانون ينظم التأجير التمويلى فى فرنسا تم اخضاع منشآت التأجير التمويلى للنظام القانونى الخاص بالمنشآت التى تحترف أعمال المال والائتمان ، وكانت البنوك والمؤسسات المالية فى أول الأمر ثم مؤسسات الائتمان فى صورتها الخاصة بالشركات المالية منذ صدور آخر القوانين المصرفية والمالية فى فرنسا وهو القانون الصادر فى ٢٤ يناير ١٩٨٤ .

ولقد تحقق بذلك لمنشآت التأجير التمويلى الحصول على سبل التمويل التى تسمح بها السوق المصرفية ، وهو ما يمثل خطوة ضرورية بل جوهرية فى سبيل زيادة حجم أعمالها والذى كان له انعكاسه المباشر على ازدهار نشاط التأجير التمويلى فى فرنسا .

ومن جانب آخر تحققت للدولة الفرنسية الرقابة على تأسيس ونشاط منشآت التأجير التمويلى ، والتى صارت بذلك خاضعة لذات أحكام وآليات الرقابة المفروضة على كل وحدات الجهاز المصرفى والمالى الفرنسى . ومن خلال ما عرضنا له من أمثلة حول فرض بعض القيود على نشاط التأجير التمويلى يمكن القول بان السلطات العامة فى فرنسا اخذت فى اعتبارها ما للتوسع فى نشاط التأجير التمويلى وزيادة حجم العمليات التى تقوم بها من آثار تضخمية ، ولا تختلف منشآت التأجير التمويلى فى ذلك عن أيه موسسة مالية تحترف تجارة النقود .

---

(١) ونشير بذلك الى الشركة العقارية للتجارة والصناعة التى فرض عليها المشرع الفرنسى اتخاذ اما شكل شركة المساهمة واما شكل الشركة ذت المسئولية المحدودة كما سوف نرى بعد قليل .

المطـــلب الثانـــى

الاحكام الخاصة بالشركات العقارية للتجارة والصناعة

١٢١ - اشارنا فيما سبق الى ان المشرع الفرنسى استحدث شكل الشركة العقارية للتجارة والصناعة بموجب اللائحة التنظيمية رقم ٦٧ - ٨٣٧ الصادر بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ . ويمثل استحداث هذا الشكل احد الاجراءات الهامة التى اتخذها المشرع الفرنسى فى سبيل ازالة العوائق القانونية ، والضريبية منها بوجه خاص ، التى اعترضت ذيوع ورواج نشاط التأجير التمويلى العقارى فى اول الامر فى فرنسا [١] .

لذلك يرتبط النظام القانونى للشركة العقارية للتجارة والصناعة بالمزايا الضريبية التى يمنحها المشرع لهذه الشركات . الا اننا سوف نتناول دراسة هذه المزايا بمعرض الحديث عن النظام الضريبى لنشاط التأجير التمويلى ، ونكتفى فى هذا المقام بالعرض للأحكام القانونية الخاصة بهذا الشكل المستحدث من اشكال الشركات .

ولقد حدد المشرع الفرنسى بعض الشروط الواجب توافرها عند تأسيس الشركة العقارية للتجارة والصناعة . وفى مقابل المزايا الممنوحة لها فرض عليها بعض القيود . ولذلك سوف نعرض لشروط تأسيس هذه الشركة اولا ثم نعقب ذلك بالعرض للقيود المفروضة عليها .

اولا : شروط تأسيس الشركات العقارية للتجارة والصناعة :

١٢٢ - تنص المادة الخامسة من لائحة ١٩٦٧ على ان الشركات التى يجوز لها وحدها اكتساب وصف الشركة العقارية للتجارة والصناعة هى تلك التى تتوافر فيها الشروط الآتية :

(أ) اتخاذ شكل شركة المساهمة او شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة .

(ب) اقتصار غرضها على تأجير العقارات المخصصة لأغراض امتهانية . على انه

---

(١) حول مزيد من التفاصيل عن اسباب انشاء نظام الشركات العقارية للتجارة والصناعة انظر :
TIXIER :Les SICOMI , Dalloz 1968 , Chronique 137 .

يجوز نقل ملكية العقارات المؤجرة فى اطار عقد التأجير التمويلى كما تحدده المادة الاولى من قانون ١٩٦٦ المعدلة بموجب اللائحة .

(حـ) العمل وفقا لنظام اساسى بعد موافقة وزير الاقتصاد والمالية عليه بموجب قرار منه .

ويتضح من ذلك ان شكل الشركة العقارية للتجارة الصناعية شكل جوازى لشركات التأجير التمويلى لها ان تتخذه او تظل خاضعة للأحكام العامة لمنشآت التأجير التمويلى . والواقع ان العديد من شركات التأجير التمويلى العقارى تبنت هذا الشكل المستحدث نظرا لما يوفره من مزايا ضريبية [١] .

الا انه يجب ان تتوافر فى المنشأت التى تبغى الخضوع لنظام الشركة العقارية للتجارة والصناعة الشروط المنصوص عليها والتى يمكن تحليلها بايجاز فيما يلى :

ا) الشكل القانونى للشركة العقارية للتجارة والصناعة :

١٢٣ - طبقا للمادة الخامسة من لائحة ١٩٦٧ يجب ان تتخذ الشركة العقارية للتجارة والصناعة اما شكل شركة المساهمة واما شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة ، ولا يجوز لها ان تتخذ شكلا آخر من اشكال الشركات التجارية [٢] .

ومن المقرر ان المقصود باصطلاح شركة المساهمة الشركةذات رأس المال الثابت، اى بخلاف الشركة ذات رأس المال المتغير التى يتوافر فيها بعض المرونة من حيث امكانية زيادة رأسمالها دون حاجة الى اتباع اجراءات تعديل نظام لشركة . وفى عام ١٩٧٠ نزل وزير الاقتصاد والمالية الفرنسى على رغبة الشركات العقارية للتجارة والصناعة وسمح لها بأن تتخذ شكل شركة المساهمة ذات رأس المال المتغير [٣] . الا انه لم

---

(١) فى هذا المعنى : CABRILLAC, Op . Cit., No. 113 .

(٢). GIOVANOLI. Op. Cit , P . 52 . CAPORALE , Op . Cit , P.121 . PACE : P ratique ... , Op . Cit , P.C 3 . LE ROUYER DE LA FOSSE , Op . Cit , P . 43 . BOSC ,Op . Cit., P .11 . CALAIS-AULOY, Op . Cit , No , 9 . OUERDRAOGO, Op . Cit , P .46 . BALME , Op . Cit , No. 22.

(٣) BALME, Op. Cit ,No. 44.

يسايرها مع ذلك فى السماح لها بالحصول على قروض واعتمادات من المجلس القومى للائتمان[1] .

ولكن فى اعقاب صدور قانون٢٤ يناير ١٩٨٤ لم يعد خضوع منشآت التأجير التمويلى العقارى لنظام الشركة العقارية للتجارة والصناعة يتنافى وخضوعها للنظام القانونى للشركات المالية ، وبالتالى تستطيع هذه الشركة الافادة من المزايا التمويلية التى تتمتع بها الشركات المالية. الا ان الاحكام الخاصة بالشركات العقارية للتجارة والصناعة لازالت نافذة وبالتالى يتعين عليها اتخاذ شكل شركة المساهمة او شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة بغض النظر عن الشكل القانونى الذى يجوز للشركة المالية اتخاذه .

ب) غرض الشركة العقارية للتجارة والصناعة :

١٢٤ - تتحدد الشركة العقارية للتجارة والصناعة اساسا بالغرض الذى تقوم من اجل تحقيقه . وطبقا للمادة الخامسة من لائحة ١٩٦٧ يكون نشاط الشركة الوحيد تأجير العقارات المخصصة لأغراض امتهانية .

ولقد عرضنا من قبل للمقصود بالعقارات المخصصة لأغراض امتهانية والخلاف الذى ثار حول تحديد نطاق تطبيق قانون ١٩٦٦على عمليات التأجير التمويلى العقارى،ورأينا انه على ضوء التقرير المرفق بلائحة ١٩٦٦يرد نشاط الشركات العقارية للتجارةو الصناعة على العقارات غير المجهزة وقد اقصرتها النشرة الصادرة عن وزير الاقتصاد والمالية بتاريخ٣٠ سبتمبر١٩٦٨ على العقارات المخصصة لأغراض صناعية وتجارية .

ولا يقتصر نشاط الشركات العقارية للتجارة والصناعة التى يجوز لها مزاولته قانونا على التأجير التمويلى العقارى وانما قد يمتد الى تأجير العقارات بموجب عقود ايجار تقليدية اى دون ان يتقرر للمستأجر امكانية تملك المال المؤجر فى نهاية مدة الايجار . ويذكر التقرير المرفق بلائحة ١٩٦٧ والمقدم الى رئيس الجمهورية الفرنسية انه من الاوفق ان تتولى شركات الاموال بناء وتأجير العقارات بدلا من الشركات المدنية ، وذلك حماية للادخار العام .

---

(١) OUERDRAOGO, Op . Cit., P .44 .

وإذا كانت لائحة ١٩٦٧ ونشرة ١٩٦٨ تحدان من نطاق تطبيق احكامهما بحيث لا تنطبق الا على تأجير العقارات المخصصة لأغراض صناعية او تجارية فإنه طبقا للمادة ١٠٥ من القانون رقم ٨٣ - ١١٧٩ بتاريخ ٢٩ ديسمبر ١٩٨٣ [١] يجوز للشركات العقارية للتجارة والصناعة تأجير العقارات تأجيرا تقليديا الى اشخاص طبيعية او معنوية متى كانت العقارات مخصصة لمزاولة نشاط ادارى او حرفة لا تتسم بالطابع الصناعى او التجارى . ويترتب على ذلك ان تكون عمليات التأجير التمويلى التى تزاولها الشركات العقارية للتجارة والصناعية مقصورة على العقارات المخصصة لأغراض صناعية او تجارية ، اما عمليات التأجير التقليدية فلم تعد مقصورة على تلك العقارات وانما تشمل كافة العقارات المخصصة لأغراض امتهانية بما فيها تلك المخصصة لأغراض الادارة العامة [٢] .

حـ) النظام الأساسى للشركة العقارية للتجارة والصناعة :

١٢٥ - طبقا للبند (حـ) من المادة الخامسة من لائحة ١٩٦٧ يجب على الشركة العقارية للتجارة والصناعة ان تعمل وفقا لنظم يصدر بالموافقة عليها قبل البدء فى مزاولة النشاط قرار من وزير الاقتصاد والمالية .

واعمالا للمادة السابعة من اللائحة التى تنوط بتنفيذ اللائحة الى وزير الاقتصاد والمالية فى حدود اختصاصاته ، اصدر الوزير المذكور نشرة وزارية بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٦٨ ، وقد سبقت الاشارة اليها .

---

(١) Dalloz 1984 L61 .

(٢) وجدير بالاشارة الى انه تم السماح للشركات العقارية للتجارة والصناعة بمزاولة نشاطها فى الخارج، سواء بصورة مباشرة او عن طريق فروع لها ، وذلك فى الدول او الاقاليم التى ابرمت مع الدولة الفرنسية اتفاقيات خاصة بالتعاون الادارى . ولقد تقرر لها ذلك بموجب القانون رقم ٨٨ - ١١٤٩ الصادر بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٨٨ . ويلاحظ من جانب آخر انه يجوز للشركات المتخصصة فى تمويل العمليات المتعلقة بالإتصالات السلكية واللاسلكية مزاولة الانشطة المقررة للشركات العقارية للتجارة والصناعة ، على ان يكون المستفيد من المنشآت الصناعية او التجارية . وتقرر ذلك بموجب المادة الاولى فقرة اولى بند (هـ) من القانون رقم ٦٩ - ١١٦٠ بتاريخ ٢٤ ديسمبر ١٩٦٩ ، واكدته المادة ٧٥ من القانون رقم ٨٨ - ١١٤٩ بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٨٨ . انظر الاشارة الى هذين النصين فى : Dalloz 1989 L 28.

ولقد تضمنت هذه النشرة بعض الأحكام الخاصة بالنظام الاساسى للشركات العقارية للتجارة والصناعة ، تهدف فى مجملها الى توفير بعض الضمانات للادخار العام:

١٢٦ - فيجب من جانب أول الا يقل رأسمال الشركة العقارية للتجارة والصناعة عن خمسة وعشرين مليون فرنك فرنسى ، واذا تم تأسيس الشركة فى اطار شركات التنمية الاقليمية Sociétés de Développement Régional يكون الحد الادنى لرأسمال الشركة عشر المبلغ المذكور اى مليونين وخمسمائة الف فرنك [١] .

ويلاحظ مدى ارتفاع قيمة الحد الادنى لرأسمال الشركة العقارية للتجارة والصناعة فضلا عن اشتراط الاكتتاب فيه بالكامل عند التأسيس [٢] . واذا ما اخذنا فى الاعتبار انه طبقا للقواعد الخاصة بالشركات التجارية الفرنسية يكون الحد الادنى لرأسمال شركة المساهمة المغلقة مائتين وخمسين الف فرنك [٣] ، بينما يكون الحد الادنى لرأسمال الشركة ذات المسئولية المحدودة خمسين الف فرنك فقط [٤] ، يتضح لنا ان السلطات العامة فى فرنسا لم تشأ السماح بالاكثار من اللجوء الى نظام الشركة العقارية للتجارة والصناعة مع اطمئنانها الى ماتمتع به الشركات التى يتم تأسيسها بالفعل من مركز مالى قوى يدفع المدخرون ويشجعهم على توظيف اموالهم لدى هذه الشركات [٥] .

ونظرالاشتراط المشرع حجما كبيرا لرأسمال الشركة العقارية للتجارة والصناعة اقتضى الأمر العمل على تشجيع الأفراد على المشاركة فى تأسيس هذه الشركة . لذلك نصت المادة السادسة بند (د) من لائحة ١٩٦٧ على فرض رسم ثابت على الحصص المقدمة عند تأسيس الشركة بدلا من الرسم النسبى المقرر طبقا للقواعد الضريبية العامة . وقد تحدد هذا الرسم الثابت فى لائحة ١٩٦٧ بخمسين فرنكا . ثم

(١) OUERDRAOGO , Op . Cit. , P . 49 . LEQUIN, Op . Cit., P . 20.

(٢) CAPORALE, Op.Cit , P. 121 .PACE: Pratique. Op .Cit .,P C3 .

(٣) المادة ٧١ فقرة اولى من القانون رقم ٦٦ - ٥٣٧ بتاريخ ٢٤ يوليو ١٩٦٦ الخاص بالشركات التجارية ، والمعدلة بموجب القانون رقم ٨١ - ١١٦٢ بتاريخ ٣٠ دبسمبر ١٩٨١ .

(٤) المادج ٣٥ فقرة اولى من قانون ٢٤ يوليو ١٩٦٦ الخاص بالشركات التجارية ، والمعدله بموجب القانون رقم ٦٧ - ٥٥٩ بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٦٧ .

(٥) LEQUIN,Op. Cit., P . 120 .

زيد هذا الرسم إلى مائة وخمسين فرنكا بموجب المادة الرابعة من القانون رقم ٦٨ – ٦٩٥ بتاريخ ٣١ يوليو ١٩٦٨ ، وأخيرا إلى الف ومائتين وعشرين فرنكا بموجب المادة ١٨ فقرة ثانية من القانون رقم ٨٥ – ١٤٠٣ بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥ .

١٢٧ – ولقد اشترطت النشرة الوزارية من جانب آخر ان يحوز مديرو الشركات العقارية للتجارة والصناعة ٥ ٪ على الأقل من رأسمال الشركة ، وذلك خلال السنوات الثلاثة الاولى من مزاولتها للنشاط (١) .

وعلى ذلك اذ اتخذت الشركة شكل شركة المساهمة يجب على اعضاء مجلس الادارة ان يحوزوا مجتمعين النسبة المذكورة من رأسمال الشركة . اما اذا اتخذت شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة فإن تعين لها مدير واحد وجب ان يكون مالكا لخمسة فى المائة على الأقل من حصص الشركة ، وفى حالة تعددهم يجب ان يحوزوا مجتمعين هذه النسبة .

ومن المقرر ان اشتراط حد ادنى لملكية المديرين لحصص الشركة فيه ضمان لحسن اداراتهم لمشروع الشركة ، حيث تتعلق لهم حقوق ومصالح مالية وشخصية بالشركة (٢) .

١٢٨ – ولقد اصدرت ادارة الخزانة العامة خطابا بتاريخ ٧ يوليو ١٩٧٠ يفرض قيدا جديدا على نشاط الشركات العقارية للتجارة والصناعة . ويتمثل هذا القيد فى انه لا يجوز ان تزيد نسبة عمليات التأجير التمويلى اللاحق وعمليات تمويل المكاتب عن ٢٥ ٪ من اجمالى العمليات الجديدة التى تقوم بها هذه الشركات . وتبرر هذا القيد الرغبة فى مساهمة الشركات العقارية للتجارة والصناعة فى تمويل بناء العقارات

---

(١) CAPORA LE op. cit., P.122 .OUERDRAOGO, op . cit., p. 56 .

(٢) وجدير بالاشارة الى ان المادة ١٦٢ – ١ من قانون الشركات التجارية والتى اضيفت بموجب القانون رقم ٧٠ – ١٢٠٨ بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٧٠ تفرض على كل من يشغل وظيفة ادارية فى شركة المساهمة ايداع الاسهم المملوكة له ولذويه طبقا للاوضاع التى تقررها اللائحة رقم ٦٧ – ٢٣٦ الصادرة فى ٢٣ مارس ١٩٦٧ بينما لا يفرض القانون اى قيد من هذا القبيل على مديرى الشركات ذات المسئولية المحدودة .

المخصصة لأغراض انتاجية مما يمثل اضافة الى الثروة العقارية القومية .[1] اما وأن عمليات التأجير التمويلي، اللاحق ترد على عقارات قد سبق بناؤها اذ تكون مملوكة للمستفيد ، كان من اللازم تحجيمها فى حدود معينة تحقيقا للغاية المنشودة [2] .

واذا كانت الدولة الفرنسية تحرص على مساهمة الشركات العقارية للتجارة والصناعة فى اضافة الثروة العقارية القومية فإن النسبة المتقدمة كحد اقصى لحجم عمليات التأجير التمويلى اللاحق يجب ان تحسب عن اجمالى عمليات التأجير التمويلى التى تقوم بها الشركة وليس اجمالى العمليات التى تقوم بها بما فيها من تأجير تمويلى وتأجير تقليدى [3] .

ثانيا : القيود الواردة على الشركات العقارية للتجارة والصناعة :

١٢٩ - فى النشرة التى اصدرها وزير الاقتصاد والمالية الفرنسى فى ٣٠ سبتمبر ١٩٦٨ ، تطبيقا لنص المادة السابعة من لائحة ١٩٦٧ ، تم فرض بعض القيود على الشركات العقارية للتجارة والصناعة لضمان حسن تحقيقها للغاية المنشودة من ارساء هذا النظام القانونى المستحدث .

وتتمثل هذه القيود فى فرض رقابة مستمرة ليس فقط عند تأسيس الشركة وانما طوال مدة بقائها ومزاولة نشاطها ، وفى التزامها بتوزيع قدر محدد من الارباح على الشركاء فيها ، واخيرا فى حظر لجوئها الى تكوين المحافظ المالية .

أ) الرقابة على نشاط الشركة العقارية للتجارة والصناعة :

١٣٠ - تفرض النشرة الوزارية لعام ١٩٦٨ التزاما على عاتق الشركات العقارية للتجارة والصناعة بمقتضاه يجب تقديم وثائق ومستندات محددة الى السلطات

---

(١) BOSC, Op . Cit., P . 12 .

(٢) GIOVANOLI,Op .Cit. , P.139 No 172 .

(٣) ذلك ان تأجير العقارات تأجيرا تقليديا قد يأتى هو الآخر فى اعقاب بناء العقار لحساب الشركة ، مع مراعاة ما يكون للعقارات المبنية فى هذه الاحوال من طابع نمطى يسمح بتلبية حاجة اكثر من مستأجر . فإذا كانت الحكمة من الحد من حجم عمليات التأجير التمويلى اللاحق تكمن فى بناء المزيد من العقارات فإن مراد المشرع هو وضع حجم هذه العمليات فى اضيق الحدود .

المختصة، وذلك بصفة دورية حتى يمكن لهذه السلطات مراقبة نشاط الشركة طوال مدة بقائها ومزاولة نشاطها [1] .وبالتالى تخضع الشركة العقارية للتجارة والصناعة لرقابة ادارية جدية ليس فقط عند تأسيسها كما رأينا من قبل وانما بصفة مستمرة لدى مزاولة نشاطها [2] .

ب) توزيع الارباح على الشركاء فى الشركة العقارية للتجارة والصناعة :

١٣١ - الشركة العقارية للتجارة والصناعة ملزمة بتوزيع ٨٥٪ على الاقل من ارباحها السنوية الصافية على الشركاء فيها . والحكمة من فرض هذا القيد تكمن فى ضمان عدم قيام الشركة بتكوين احتياطيات من الارباح المتراكمة يمكن خصمها من وعائها الضريبى ، فتضاف هذه الميزة الضريبية الى مجموع المزايا الضريبية التى منحها المشرع الفرنسى للشركات العقارية للتجارة والصناعة [3] . لذلك قيل بان القيد المتقدم تقرر فى مقابل المزايا الضريبية التى تتمتع بها هذه الشركات [4] .

ولاشك فى ان فرض الالتزام بتوزيع هذه النسبة كحد ادنى يمثل قيدا على توسع الشركات العقارية للتجارة والصناعة ، اذ لا تستطيع تكوين احتياطيات كبيرة تضاف الى رأس المال عند زيادته مما يسمح لها بالتوسع فى حجم العمليات التى تقوم بها . وبالتالى يمثل القيد المفروض على الشركات العقارية للتجارة والصناعة حدا لحجم اعمالها مما يؤكد ادراك المشرع الفرنسى لما قد يترتب على نشاط هذه الشركات من آثار تضخمية .

ولكن لائحة ١٩٦٧ تقضى بعدم سريان بعض نصوص التقنين الضريبى العام على الأرباح التى تقوم الشركة العقارية للتجارة الصعناعة بتوزيعها على الشركاء فيها ، وهى المواد ١٥٨ مكررا و١٥٨ مكررا (١) و٢٢٣ بند سادسا من التقنين [5] .

---

(١) OUERDRAOGO, op . cit. , P. 68. BIRBES,op .cit. , P . 5 .
(٢) BALME, op . cit., No. 38 .
(٣) BALME,op . cit , No. 36 . BIRBES, op . cit ., P .5 .
(٤) BOSC, op. cit , P.15 . BALME, op . cit., No. 36 .
(٥) المادة السادسة بند (ب) من اللائحة .

وبالإضافة إلى ذلك لا تسرى أحكام المادتين ١٤٦ و ٢١٦ من التقنين الضريبي العام ، وهما تتضمنان النظام الضريبي الخاص بالشركات الأم ، على الأرباح التى توزعها الشركة العقارية للتجارة والصناعة [١] . ومؤدى هذه المزايا التشجيع من المشاركة فى تأسيس الشركات العقارية للتجارة والصناعة .

١٣٢ - ومع ذلك يجب التنويه الى ماسبقت الاشارة اليه من طول مدد الاستهلاك الضريبي للعقارات فى القانون الفرنسى ، وما يترتب على ذلك من تفاوت بين معدلات الاستهلاك المالى الذى تمارسه شركة التأجير التمويلى العقارى ومعدلات الاستهلاك الضريبي . ويؤدى هذا التفاوت الى تسجيل الشركة على الصعيد المحاسبى لارباح لم تحققها فى واقع الامر اى ان هذه الارباح تكون من قبيل الارباح الصورية . وحيث ان المشرع يفرض على الشركة توزيع ٨٥٪ على الاقل من الارباح السنوية الصافية يكون مؤدى ذلك توزيع قدر من الارباح الصورية على الشركاء . ولذلك سمح وزير الاقتصاد والمالية للشركات العقارية للتجارةوالصناعة بتكوين احتياطيات تستوعب هذه الارباح الصورية فيمنع توزيعها من جانب وتخصم من الوعاء الضريبي للشركة من جانب آخر [٢] . وسوف نعود الى دراسة هذه المسألة بصدد الحديث عن النظام الضريبي لنشاط التأجير التمويلى .

حـ) حظر تكوين المحافظ المالية :

١٣٣ - يمتنع على الشركات العقارية للتجارة والصناعة تملك الاوراق المالية الصادرة عن شركات اخرى وادارتها [٣] . وبالتالى لا يجوز لها تكوين محافظ مالية لحسابها الخاص كما لا يجوز لها تكوين وادارة محافظ مالية لحساب الغير حيث ان غرض هذه الشركات يكون مقصورا على تأجير العقارات المخصصة لأغراض امتهانية .

ومع ذلك تم الترخيص للشركة العقارية للتجارة والصناعة بالمساهمة فى تأسيس

---

(١) المادة السادسة بند (جـ) من اللائحة .

(٢) GIOVANOLI, Op . Cit. , P .140 No 174 .

(٣) OUERDRAOGO, Op . Cit. , P. 64 .

بعض انواع الشركات هى :

١ - شركات الملكية الشائعة العقارية Sociètès Immobilières de co - propriété

٢ - الشركات المدنية العقارية التى يتم تأسيسها بين الشركات العقارية للتجارة والصناعة واحد عملائها .

٣ - الشركات المدنيةالعقارية التى يتم تأسيسها بين عدة شركات عقارية للتجارة والصناعة [١] .

وتواجه الحالة الاولى الفرض الذى تساهم فيه عدة شركات عقارية للتجارة والصناعة فى انجاز عملية تأجير عقار سواء فى صورة تأجير تقليدى أو فى صورة تأجير تمويلى . ويكون ذلك غالبا فى الفروض التى تكون تكلفة شراء او بناء العقار مرتفعة بحيث يحتاج الامر الى مساهمة اكثر من شركة . وحيث ان جميع الشركات التى تساهم فى انجاز العملية حريصة على المساهمة فى ملكية العقار المؤجر يتم تأسيس شركة بينها يكون الغرض منها تملك العقار على الشيوع وتعرف مثل هذه الشركة بشركة الملكية الشائعة العقارية .

أما الحالة الثانية من الحالات المنصوص عليها فهى تبيح للشركات العقارية للتجارة والصناعة تأسيس شركة مدنية عقارية بينها وبين عملائها ويكون ذلك لإنجاز عمليات التأجير التمويلى العقارى . وقد رأينا من قبل ان اللجوء الى تأسيس مثل هذه الشركة يكون من أجل التخفيف من الآثار الضريبية الناتجة عن عمليات التأجير التمويلى العقارى . وبالرغم من ان المشرع الفرنسى منح الشركات العقارية اللتجارة والصناعة مزايا ضريبية هامة الا انه ترك لها المجال للتمتع بمزيد من المزايا عن طريق الاقرار بتأسيس الشركات المدنية العقارية فيما بينها وبين عملائها .

واخيرا اجاز النظام القانونى الفرنسى للشركات العقارية للتجارة والصناعة تأسيس

---

(١) PACE : Economie ..., Op .Cit., P . 61 et 62 .

الشركات المدنية العقارية فيما بينها ، وهى وسيلة لافراغ مساهمتها المشتركة فى انجاز احدى عمليات التأجير العقارى . وبهذا المنظر تعتبر هذه الوسيلة بديلا لتأسيس شركة الملكية الشائعة العقارية ، ولكنها تتضمن مزايا ضريبية على نطاق اوسع تبرر اللجوء اليها .

١٣٤ - استعرضنا بذلك الأحكام القانونية العامة لمنشآت التأجير التمويلى فى فرنسا . ويراعى ان هذه الاحكام تتعلق بالنظام العام حيث يتعرض مديرو شركات التأجير التمويلى لجزاءات جنائية فى حالة مخالفتها [١] . كذلك استعرضنا الاحكام الخاصة بالشركات العقارية للتجارة والصناعة بما تفرضه من شروط يجب توافرها عند تأسيسها وما تتضمنه من قيود ترد على نشاطها ، وقد تحدد لمخالفة هذه الاحكام جزاء فريد من نوعه يتمثل فى حرمان الشركة المخالفة من المزايا الضريبية المقررة بموجب لائحة ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ فضلا عن امكانية سحب الترخيص الصادر لها بمزاولة نشاطها [٢] .

وعلى ضوء هذه الأحكام يتضح لنا ان المشرع الفرنسى فيما يتعلق بتحديد النظام القانونى لمنشآت التأجير التمويلى اعتد بالطابع المالى للعمليات التى تقوم بها . فحيث ان هذه المنشآت تزاول فى واقع الامر عمليات مالية فإنها تصنف فى حقيقة الامر ضمن طائفة رأس المال المالى ويصبح من المنطقى ان تخضع لذات القواعد المنظمة للمنشآت المالية او طبقا لقانون ١٩٨٤ مؤسسات الائتمان. ويتحقق بذلك لمنشآت التأجير التمويلى امكانية حصولها على رؤوس الاموال اللازمة لها من السوق المصرفية ، كما تتحقق رقابة الدولة عليها وبصفة خاصة للحد من الآثار التضخمية الحتمية لمزاولة اى نشاط مالى .

ومن جهة اخرى اشارنا الى ان ارساء نظام الشركة العقارية للتجارة والصناعة

---

(١) فالمواد ٧٠ وما بعدها من قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ تحدد الجزاءات التى يتم توقيعها على مديرى الشركات الخاضعة لاحكام هذا القانون فى حالة مخالفتها .

(٢) OUERDRAOGO, Op . Cit ., P. 69 . SOLAL : Le crédit - bail immobilier , Op . Cit., P . 84 .

ارتبط بضرورة منح منشآت التأجير التمويلى العقارى مزايا ضريبية تسمح بازدهار هذا النشاط الجديد، وكان على السلطات الفرنسية تحقيق التوازن بين منح هذه المزايا وتفادى الآثار التضخمية التى قد تنشأ عن مزاولة النشاط . وقد تحقق ذلك بفرض شروط على تأسيس الشركات العقارية للتجارة والصناعة من جانب وفرض بعض القيود على نشاطها من جانب آخر .

الا ان هذا الاتجاه للمشرع الفرنسى يؤكد على الاهمية الجوهرية للنظام الضريبى الذى يخضع له نشاط التأجير التمويلى ، وان بدت هذه الاهمية ظاهرة فى شأن التأجير التمويلى العقارى الا انه مامن شك فى أن للنظام الضريبى اثره أيضا على التأجير التمويلى للمنقولات ، وهذا ما ننتقل الى دراسته الآن .

المبحث الثانى

النظام الضريبى لنشاط التأجير التمويلى

١٣٥ - التأجير التمويلى بوصفه نشاطا اقتصاديا يكون مناسبة لفرض الضرائب على الدخل الناتج عن مزاولته ، لذلك تفرض الضرائب المباشرة على دخول شركات التأجير التمويلى . ومن جانب آخر يتحمل المستفيد الاعباء المالية الناشئة عن الجوء الى التأجير التمويلى فى سبيل تمويل احد استثماراته مما يثور معه التساؤل حول مدى اثر هذه الاعباء على المعاملة الضريبية للمستفيد اى على الضرائب المباشرة التى تفرض على الدخل الذى يحصل عليه من وراء مزاولته للنشاط الاقتصادى .

ويتحقق تداول للثروة بمناسبة انجاز احدى عمليات التأجير التمويلى ، سواء تمثلت فى الثروة المنقولة او الثروة العقارية . ويمثل تداول الثروة المناسبة لفرض ضرائب غير مباشرة اى تلك الضرائب التى تفرض على الدخل لا عند الحصول عليه وانما عند انفاقه . فيثور التساول حول مدى تأثير فرض الضرائب غير المباشره عند تداول المنقولات او العقارات على تكلفة التمويل التى يتحملها دائما المستفيد ، أى متلقى الخدمة المالية من شركة التأجير التمويلى .

وحتى يحسن بنا العرض للنظام الضريبى لنشاط التأجير التمويلى نتناول فى مطلب اول احكام الضرائب المباشرة فى مجال التأجير التمويلى ثم نعرض فى مطلب ثان لأحكام الضرائب غير المباشرة فى هذا المجال .

المطـــلب الاول

احكام الضرائب المباشرة فى مجال التأجير التمويلى

١٣٦ - رأينا من قبل ان عمليات التأجير التمويلى ترد على اموال مخصصة لأغراض امتهانية ، وذلك سواء اكانت واردة على منقولات مادية او معنوية او كانت واردة على عقارات . ويترتب على ذلك ان عقد التأجير التمويلى يربط بين شخصين من اشخاص القانون يقوم كل منهما على مشروع اقتصادى وبالتالى يخضع الدخل الذى يتحقق لهما من وراء مزاولة النشاط لأحكام الضرائب النوعية الخاصة بهذا النشاط .

وفى مجال التأجير التمويلى لا يعرض اثر المعاملة الضريبية بذات الكيفية بالنسبة الى كل من شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، ذلك ان الشركة هى التى تقدم الخدمة المالية مقابل الحصول على دخل يخضع للضريبة المباشرة النوعية فى حين ان المستفيد هو متلقى هذه الخدمة مقابل تحمله للأعباء الناشئة عنها . واذا كانت الاشكالية الرئيسية التى تثور حول تحديد اثر المعاملة الضريبية بمناسبة انجاز عمليات التأجير التمويلى تتمثل فى كيفية تحديد الوعاء الضريبى لكل من شركة التأجير التمويلى والمستفيد الا ان التأجير التمويلى هو مصدر الدخل بالنسبة للاولى فى حين يعد مصدر الاعباء المالية بالنسبة الى المستفيد ، ويثور معه التساول حول مدى تأثيرها على تحديد وعائه الضريبى .

واذا كنا لامسنا من قبل مدى اهمية التمتع بميزة الاستهلاك الضريبى بالنسبة الى شركة التأجير التمويلى فإنه يجدر بنا حتى نستطيع الوقوف على مدى اهمية هذا الجانب الضريبى العرض لآثار الاحكام الضريبية بالنسبة الى المستفيد اولا ثم العرض

لآثارها بالنسبة الى شركة التأجير التمويلى فى اعقاب ذلك .

اولا : احكام الضرائب المباشرة بالنسبة الى المستفيد :

١٣٧ - يعتبر المستفيد فى مركز المستأجر للمال المؤجر سواء كان منقولا أو عقارا ، وهو بهذه الصفة يستطيع خصم كامل اقساط الاجرة التى يوفى بها الى شركة التأجير التمويلى من وعائه الضريبى[١] ، وذلك على اعتبار ان اقساط الاجرة تمثل نفقة استغلال يتحملها المستفيد [٢] .

وتعتبر هذه المكنة الضريبية فى نظر بعض الكتاب من اهم مزايا التأجير التمويلى بالنسبة الى المستفيد اذا ما قورن بالاقتراض المصرفى لأجل شراء الاصل [٣] . ويرجع ذلك الى ان مقدار قسط الاجرة اكثر ارتفاعا من مجموع الفائدة التى كانت لتدفع الى البنك ومخصص الاهلاك الذى كان ليخصمه المستفيد من وعائه الضريبى بفرض تملكه للأصل .

---

(١) BEY : De la symbiotique ...,Op . Cit., P.20 .CREMIEUX - ISRAEL, op. Cit.,P.8.GIOVANOLI,Op.Cit.,P.37 .No 53 . CHAMPAUD, op .Cit ., No. 51 .CALAIS - AULOY, op. Cit ,No 12. BAKOUKA, Op .Cit., P.11 .CROIZAT, Op .Cit., P. 37 . BRANDELA , Op .Cit , P . 23 . OHL, Op . Cit , P . 97 . GAVALDA , Op . Cit., 2° cahier, No 90. PACE: P ratique ..., Op .Cit , P . E6 . BOSC, Op . Cit., P . 18.

(٢) BANQUE DE FRANCE :Le crèdit - bail mobilier , Op . Cit. , P . 3. CNCF,Op .Cit., P.17.GAUDRION,Op.Cit., P.91 . CAPIEZ,Op . Cit., P . 111. BARBE, Op . Cit., P.256 . VIAL: Problèmes Posés par L'analyse d' une proposition De crédit-bail, Analyse Financière, 3° Trimestre 1974, P.10.LOBEZ, Op . Cit., P . 33 . LEQUIN, Op . Cit., P . 31 .

(١) CALAIS - AULOY,Op .Cit., No.12 . BERGERON et GUILLEMIN: Le crédit-bail en France : Caractèristiques,Evolution récente et perspectives, Mèmoire DESS Finance d'entreprise et Gestion bancaire, Paris - I , 197, P. 46 .CLER et PFEIFFER,Le Prêt-bail de biens d'équipemen, Hommes et Techniques, Décembre, P. 1302 .CAUSSIN : La location des biens d'équipememt : facteur d' expansion et de modernisation des entreprises, Louvain ,1960 , P. 26 .

الا ان الاجماع غير منعقد حول حقيقة الميزة الضريبية المتقدمة واهميتها بالنسبة الى المستفيد : فالبعض يشير الى ان خصم الفوائد ومخصصات الاهلاك اكثر نفعا للمستفيد من خصم اقساط الاجرة [1]، بينما يشير البعض الآخر الى ان ما يوفره المستفيد من ضرائب واحد في كلا الفرضين [2].

١٣٨ - وايا كان شأن الخلاف المتقدم فإنه من المقرر انه يجوز للمستفيد خصم كامل اقساط الاجرة من وعائه الضريبي . ويصدق الحكم المتقدم على مقدمات الاجرة التي يدفعها المستفيد اثناء بناء العقار وقبل الانتفاع به . فمن الوجهة الضريبية ليس هناك مجال للتمييز بين الاجرة ومقدمات الاجرة ، اذ بوصفها جميعا من نفقات الاستغلال يمكن خصمها من الوعاء الضريبي للمستفيد[3]. ويلاحظ في هذا الصدد ان الادارة العامة للضرائب [4] اصدرت في تاريخ ١٠ فبراير ١٩٧١ نشرة تفيد عدم إمكانية خصم الاجرة التي تدفع مقدماً من الوعاء الضريبي للمستأجر الا اعتباراً من التاريخ الذي ينقضي فيه الالتزام باداء الأجرة . وتفرض الادارة اتفاق المؤجر والمستأجر على دفع قسط أو أكثر من الاجرة مقدماً على سبيل الضمان ، ولا تجيز خصمها من الوعاء الضريبي للمستأجر الا في التاريخ الذي يتحول فيه المبلغ المدفوع من مجرد ضمان إلى مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة . وتطبيقاً لذلك لا يجوز للمستفيد خصم مقدمات الاجرة من وعائه الضريبي الا في التاريخ الذي تغطي فيه مقدمات الاجرة مدة محددة من الانتفاع بالعقار بعد تمام بنائه ، وهو ما لا يتحقق

---

(١) ROLIN, op . cit , P 66 et 67 .

(٢) BANQUE DE FRANCE,op .cit . P . 3 . VIAL: Comment évaluer une proposition de crédit-bail, Les cahiers de recherche, CESA, 1975, P. 41.REY: Aspects juridiques, fiscaux et comptables de la location des biens d'équipements, JCP 1964 CI 75458, No 15. PACE: Les particularités ..., op . cit., P .22 . FERRONNIERE et DE CHILLAZ, : Les opérations de Banque, Dalloz, Paris, 1970. P. 529 No. 585.

(٣) BAUGAS,op. cit., P . 10 .

(٤) La Direction Générale des Impôts.

فى واقع الأمر لأن المستفيد يؤدى اقساط الاجرة دون انقطاع حتى مدة الايجار . ولذلك استثنت نشرة الادارة العامة للضرائب مقدمات الاجرة فى فرض بناء العقار من الخضوع للحكم الذى تتضمنه ويترتب على ذلك أنه يجوز للمستفيد خصم مقدمات الاجرة من وعائه الضريبى بمجرد الوفاء بها إلى شركة التأجير التمويلى .

١٣٩ - واذا كان الاصل العام هو جواز خصم كامل الاجرة من الوعاء الضريبى للمستفيد فلا يعمل بهذا الحكم على اطلاقه فى حالات التأجير التمويلى الواردة على المحال التجارية أو المحال الحرفية . ذلك ان المادة الثانية من القانون رقم ٨٥ - ١٠٤ الصادر بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥ [١] تنص على أنه لا يجوز خصم الشق من الاجرة المقابل لثمن المحل التجارى أو المحل الحرفى من الوعاء الضريبى للمستفيد . ومع ذلك ففى نهاية مدة الايجار إذا اعمل المستفيد خياره بالتملك يتعين عليه قيد المحل ضمن اصول المنشأة بواقع قيمة تملكه . وتتمثل قيمة التملك فى ثمن شراء المستفيد للمحل المتفق عليه فى عقد التأجير التمويلى ، يضاف إليه الشق من الأجرة المقابل لثمن شراء المحل اى اصل رأس المال المستثمر فى انجاز العملية . اما إذا رفض المستفيد تملك المحل ففى هذه الحالة يعد الشق من الاجرة الذى لم يسمح بخصمه من الوعاء الضريبى من قبيل نفقات الاستغلال ويمكن بالتالى خصمه من الوعاء الضريبى للمستفيد خلال السنة المالية التى انقضى خلالها عقد التأجير التمويلى [٢] .

يعنى ذلك ان اقساط الاجرة فى حالة تأجير المحل التجارى أو المحل الحرفى تأجيراً تمويلياً تنقسم فى واقع الأمر إلى قسمين : الأول يمثل إهلاك رأس المال المخصص فى شراء المحل أي رداً لأصل رأس المال ، بينما يمثل الثانى الاعباء المالية التى يتحملها المستفيد والتى يجوز له خصمها دون اصل رأس المال من وعائه الضريبى . واذا كان من الممكن تفادى الاعباء الضريبية الناشئة عن تقسيم مكونات الاجرة على

---

(١) Journal Officiel, 31/12/1985. JCP 1986 III 58132 .

(٢) MEMENTO DES DIFFICULTES COMTABLES : Opérations de crédit - bail : Traitememt comptable, Revue Fiduciaire, dècembre 1986, n o 23 - 24 , P. 117 .

النحو المتقدم وذلك فى نهاية مدة الايجار ، الا ان الأمر يتوقف على عدم إعمال المستفيد خياره بالتملك . ويكون المستفيد معرضاً فى هذه الحالة لاعتباره قد ارتكب عملاً من أعمال الإدارة غير العادية Acte de gestion anormal لأنه يرفض تملك المحل ويتنازل بذلك عن جميع الحقوق المرتبطة به [١] . ويمكن للإدارة العامة للضرائب ان تقرر والحال هذه عدم افادة المستفيد بأية ميزة ضريبية تكون مقررة له .

وتنفيذا للمادة ١١ من قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥ المشار إليه صدرت اللائحة رقم ٨٦ - ٥٤٧ بتاريخ ١٤ مارس ١٩٨٦ [٢] . وتقضى مادتها الأولى بأنه يجب على المستفيد عند ابرام عقد التأجير التمويلى الوارد على محل تجارى أو محل حرفى وفقاً للأوضاع المقررة فى المادة الأولى - ثالثاً من قانون ١٩٦٦ ان يرفق بإقراره الضريبى المقدم عن السنة المالية التى أبرم العقد خلالها افادة صادرة عن شركة التأجير التمويلى .

ويجب أن تتضمن الافادة البيانات الآتية :

١ - إسم المستفيد وعنوانه .

٢- تاريخ العقد ومدته .

٣ - ثمن التملك المتفق عليه فى حالة تنفيذ الوعد المنفرد بالبيع .

٤ - تحديد مقدار كل قسط من أقساط الأجرة المستحقة مع بيان ما يشمله كل قسط منها ما يؤخذ فى الإعتبار عند تحديد ثمن التملك .

٥ - الأحكام الإتفاقية الواجب اعمالها فى حالة فسخ العقد أو عدم قبول المستفيد تنفيذ الوعد المنفرد بالبيع .

ويجب تحرير الافادة طبقا للنموذج الذى يصدر به قرار مع الإدارة المختصة [٣] .

---

(١) Bulletin Fiscal : Législation , Textes et commentaires , mai 1986 , Bénéfices industriels et commerciaux , Crédit - bail sur fond de commerce , I nstruction du 7 avril 1986,4 A .786 , P . 297 No. 4 .

(٢) Journal Officiel, 17 - 18 mars 1986 . JCP 1986 III 58674.

(٣) ولقد صدر القرار المذكور عن الإدارة الضريبية العامة بتاريخ ٧ إبريل ١٩٨٦ :
Droit fiscal, 1986, No 18, ID 8769.

وترجع هذه المعاملة الضريبية الخاصة للمستفيد إلى ان كلا من المحل التجارى والمحل الحرفى ليسا من الأموال التى يمكن ان تكون محلاً لأى إهلاك ضريبى ، وذلك نظراً لطبيعتها المعنوية والتى لا يمكن القول معها بأن قيمتها تتأثر بفعل الزمن [1] . وبالتالى لا يصح ان يكون التأجير التمويلى سبيلاً لإهلاك مال لا يجوز من الوجهة الضريبية ان يكون محلاً للإهلاك .

١٤٠ - وجدير بالاشارة إلى أن ذات الاشكال قد ثار بصدد التأجير التمويلى العقارى فى الفروض التى يرد فيها العقد على كل من الأرض والمبانى . ذلك ان الارض ليست هى الاخرى من الأموال التى يجوز إهلاكها من الوجهة الضريبية [2] . فإذا قيل بأن كامل اقساط الاجرة يمكن خصمها من الوعاء الضريبى للمستفيد يتحقق بالتالى إهلاك الارض فضلاً عن إهلاك المبانى عند اكتساب المستفيد لملكية العقار . ويعنى ذلك ان المستفيد افاد فى واقع الأمر باعفاء ضريبى لا تقرره الاحكام الضريبية ،وكأنه قد افاد «بائتمان» منحته إدارة الضرائب محله المبالغ التى كان يتعين عليه دفعها إليها . ويصير المستفيد بالتالى ملتزماً برد هذا الائتمان إلى الإدارة الضريبية [3] .

ولقد سبقت لنا الاشارة إلى ان مدة عقود التأجير التمويلى العقارى تقل عن مدد إهلاك العقارات التى تقضى بها الأحكام الضريبية ، حتى فى الفروض التى تدخلت فيها السلطات العامة لتقصير مدد الإهلاك بحيث تقترب مدد الإهلاك المالى من مدد الاهلاك الضريبى [4] . ولسوف نرى ان شركات التأجير التمويلى هى التى تتقرر لها ميزة إهلاك العقار من الوجهة الضريبية . ويترتب على ذلك ان هناك تفاوتاً بين القيمة المحاسبية للعقار وقيمته المتبقية نظراً للتفاوت بين معدلات الإهلاك المالى ومعدلات الاهلاك الضريبى . وفى سبيل القضاء على هذا التفاوت سمح

---

(١) Bulletin Fiscal,op . cit . P . 297 No. 2 .

(٢) CAPIEZ, op . cit ., P . 112 . BARBE, Op . Cit ., P . 56 .

(٣) LOBEZ, op . cit., P . 39 .

(٤) وذكر بأن هذه الميزة التى تنتج عن تقصير مدد الاهلاك الضريبى للعقارات تقررت للشركات العقارية للتجارة والصناعة . وسوف نعد إلى ذلك فيما بعد .

للشركات العقارية للتجارة والصناعة بتكوين احتياطيات التى يكون من شأنها تفادى تناقص القيمة عند انتقال ملكية العقار إلى المستفيد [١] ، ويمكن من جانب آخر خصمها من الوعاء الضريبى لهذه الشركات .

ويترتب على ذلك أنه فى حالة عدم تجاوز مدة عقد التأجير التمويلى خمسة عشر عاماً تشمل قيمة العقار جزءاً من المبانى التى يستطيع المستفيد اهلاكها عند استعماله للعقار بالاضافة إلى قيمتها المتبقية طبقاً لما تظهره حسابات الشركة المؤجرة [٢] . ولو ان ثمن التملك يقل عن هذه القيمة المتبقية ، وهو الفرض الغالب ، يتعين على المستفيد ان يضيف إلى وعائه الضريبى عن السنة المالية التى يتحقق خلالها اكتسابه ملكية العقار ذلك الشق من الاجرة الاجمالية الذى يمثل الفرق بين القيمة المتبقية وثمن التملك . ولكن إذا زادت مدة العقد عن خمسة عشر عاماً فإن الاضافة إلى الوعاء الضريبى تكون مقصورة على الفرق بين قيمة الارض التى تم عليها انشاء المبانى وثمن تملك المستفيد للعقار [٣] .

---

(١) OUERDRAOGO, op . cit ., P.152 . P102 . PACE : Economie ... op. cit.., P. 139 . N' GUYEN - TAHN: Les Sicomi , JCP 1970 CI 88 137, No 35.COZIAN : Nouvelles techniques contractuelles, Actualitès du Droit de l' entreprise , Librairies Techniques , Montpellier, 1971, P. 147 et 148 PACE: Pratique ..., op .cit., P. E15 ets.

(٢) BEY : J urisclasseur Banque et Crédit, op, cit , Fasc .652, No 115.

(٣) وذلك تطبيقا للمادة ٢٣٩ بند سادسا من التقنين الضريبى العام . انظر :
N' GUYEN - TAHN,Op . Cit , No. 35

وعلى ذلك اذا فرضنا ان قيمة الارض مائة الف فرنك وان قيمة المبانى مائة وخمسون الف فرنك وقد تحد د ثمن تملك المستفيد للعقار بعشر آلاف فرنك ، فبفرض ان مدة العقد لا تجاوز خمسة عشر سنة وقامت شركة التأجير التمويلى باهلاك ثلاثة اربا ع قيمة المبانى يتعين على المستفيد اضافة مبلغ مائة وسبعة وعشرين الف وخمسمائة فرنك الى وعائه الضريبى (مائه الف فرنك : قيمة الارض ، يضاف اليها سبعة وثلاثون الف وخمسمائة فرنك . قيمة المبانى التى لم يتم اهلاك ، مع انقاص لثمن التملك من المجموع المتقدم اى عشرة الاف فرنك) . اما اذا زادت مدة العقد على خمسة عشر عاما فيفترض اهلاك كامل قيمة المبانى وبالتالى لا يضيف المستفيد الى وعائه الضريبى سوى تسعين الف فرنك (مائه الف فرنك : قيمة الارض ينقص منها عشرة آلاف فرنك : ثمن التملك) .

ويلاحظ ان المستفيد يكون قد افاد طوال مدة عقد التأجير التمويلى بميزة خصم كامل اقساط الاجرة ، وقد افاد بالتالى بائتمان واقعى بالمبالغ التى كان يتعين الوفاء بها إلى الادارة الضريبية . وإذا كانت الإدارة تعيد التوازن فى تاريخ انتقال ملكية العقار إلى المستفيد فإنه نظراً لطول مدة العقد تكون المبالغ المضافة إلى الوعاء الضريبى أقل فى قيمتها الحقيقية من الائتمان الضريبى الذى حظى به [١] .

١٤١ - ويتضح من العرض المتقدم ان للطبيعة الإيجارية للتأجير التمويلى أهميتها بالنظر إلى الاحكام الضريبية التى يخضع لها المستفيد . ذلك ان خصم كامل اقساط الاجرة من وعائه الضريبى يخفف من الآثار الضريبية على خلاف الحال إذا عومل التأجير التمويلى ضريبياً باعتباره عملية مالية ، خاصة إذا اخذنا فى الاعتبار بطء معدلات الإهلاك المالى بالنسبة إلى معدلات الإهلاك الضريبى من جانب وان الفائدة الاجمالية التى يتحملها المستفيد أعلى من الفائدة المصرفية فى جميع الأحوال من جانب آخر [٢] . ولذلك أقر المشرع الفرنسى الطبيعة الايجارية للتأجير التمويلى ، ومع ذلك لم يترك حكم خصم كامل اقساط الاجرة على اطلاقه فى جميع الفروض : فمن الوجهة المحاسبية يتعين على المستفيد ان يشير إلى إجمالى اقساط الأجرة التى يتعين عليه اداؤها تنفيذاً لعقد التأجير التمويلى ، ويكون ذلك فى هامش ميزانية المنشأة [٣] . ومن جهة اخرى يتعين على المستفيد اضافة فوائض الاهلاك الضريبى

(١) BOSC, op . cit ., P. 18 .

(٢) LE ROUYER DE LA FOSSE,op.cit.,P.117.PRINCE ABODJAN, op .cit. , P 120 .CAPIEZ ,op . cit , P.33 . BARBE, op . cit., P. 71.CNCF,op .cit, P.39. N'GUYEN-TAHN, op.cit , No 14 .

(٣) فقد فرض المشرع الفرنسى على المستفيد بموجب لائحة صدرت بتاريخ ٤ يوليو ١٩٧٢ والتى تم تعديلها بموجب لائحة صدرت بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ التزاما باشهار الاثار المالية المترتبة على عقد التأجير التمويلى وذلك من الوجهة المحاسبية . ويتعين على المستفيد قيد قيمة الاصل المؤجر وذلك فى هامش ميزانية المنشأة ، بالاضافة الى الاجرة المستحقة عن السنة المالية الجارية ومجموع ماتم الوفاء به من اقساط الاجرة الاخرى خلال السنوات السابقة ، وكذلك مخصصات الاهلاك الضريبى التى كانت ليجريها المستفيد بفرض ملكيته للأصل فضلا عن مجموع المخصصات المتراكمة عن السنوات المالية السابقة . كذلك يجب قيد مقدار اقساط الاجرة المتبقية بالاضافة الى ثمن شراء المستفيد للاصل المحدد اتفاقا . وترجع اهمية الشهر المحاسبى الذى يلزم به المستفيد الى امكانية =

للعقار إلى الوعاء الضريبي للسنة المالية التى يكتسب خلالها ملكية العقار[1] . واخيراً وفي مجال التأجير التمويلي للمحال التجارية والمحال الحرفية تنقسم الاجرة إلى شق يقابل أصل رأس المال وشق آخر يقابل الاعباء المالية ، وهى التى يجوز وحدها خصمها من الوعاء الضريبي .

ثانياً : أحكام الضرائب المباشرة بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلي :

١٤٢ - تعامل شركات التأجير التمويلي من الوجهة الضريبية بوصفها منشآت تحترف تأجير الأموال ، ولا يؤخذ الطابع المالى لنشاطها فى الاعتبار فى هذا الصدد[2] . وفي مجال التأجير التمويلي اللاحق وبصفة خاصة فيما يتعلق بالتأجير التمويلي المرتد لا تعتبر شركات التأجير التمويلي من المنشآت التى تحترف تأجير المعدات المستعملة والتى تحظى بأحكام ضريبية خاصة ، وانما تعامل معاملة المنشآت التى تحترف عمليات التأجير الواردة على المعدات الحديثة[3] .

ويتكون الوعاء الضريبي لشركات التأجير التمويلي من أقساط الاجرة التى تحصل عليها من المستفيد بالاضافة إلى ثمن التملك التى قد يوفى بها عند إعمال خيار التملك فى نهاية مدة العقد . ويضاف إلى ذلك جميع المبالغ التى تحصل عليها الشركة والتى يمكن اعتبارها عائداً اضافياً لها مثل الضمان المالى الذى يقدمه المستفيد متى صار مستحقاً بصفة نهائية للشركة[4] ، وكذلك مبالغ التعويض التى قد تحصل

= الوقوف على حال مديونية المستفيد ، خاصة بالنسبة الى البنوك الى تشترط عادة الإطلاع على ميزانية المنشأة قبل منح الإئتمان الى عملائها . وتضاف هذه الميزة الى ما يتقرر للبنوك من امكانية الوقوف على اصول عملائها المالية من خلال مركز المخاطر بالبنك المركزى الفرنسى . انظر فى ذلك :

BACHASSON , op . cit , P . 297 No. 318 . BEY : De la publicité..., op. cit., No 22 SOLAL: L e crèdit - bail immobilier,op.cit , P. 291 . PACE : Economie ..., op . cit., P . 22 .

(١) GIOVANOLI, op . cit , P. 433 No . 536 .

(٢) CHAMPAUD: JCP 1965, op. cit , No .5o.

(٣) OHL,op . cit , P . 91 .

(٤) Conseil d' Etat , 30 septembre 1981 , No. 17943, LEBON 1981 - 343.

عليها بسبب فسخ عقود التأجير التمويلي المبرمة بينها وبين عملائها [1] .

١٤٣ - ويلاحظ ان ضريبة الشركات التى كانت تفرض على منشآت التأجير التمويلي العقارى ادت إلى الحد من مكانتها التنافسية إذا ما قورنت بالشركات التى كانت تحترف عمليات تأجير العقارات تأجيراً تقليدياً . لذلك كانت شركات التأجير التمويلي العقارى تلجأ إلى تأسيس الشركات المدنية العقارية مع عملائها والتى كانت تخضع لحكم المادة ١٨٣٢ من القانون المدنى وتحظى بالتالى بستار ضريبي [2] .

وعند صدور لائحة ١٩٦٧ وارساء نظام الشركات العقارية للتجارة والصناعة تقرر اعفاء هذه الشركات من ضريبة الشركات ، وذلك بالنسبة إلى صافى ارباحها الناتجة عن عمليات تأجير العقارات ، وكذلك بالنسبة إلى فوائض القمية التى تنتج عن نقل ملكية العقار إلى المستفيد فى اطار عمليات التأجير التمويلي العقارى . ويعد هذا الاعفاء احد أهم المزايا الضريبية المقررة لتلك الشركات [3] .

١٤٤ - ومن المقرر ان لشركات التأجير التمويلي إهلاك الأصول المؤجرة ضريبياً وذلك بوصفها مالكة لها [4] ، بل أنه لا يجوز لها تحميل المستفيد الأعباء الناتجة عن هذا الاهلاك [5] .

ومن جانب آخر لا يمكن اغفال الطابع المالى للتأجير التمولى حيث تقوم الشركة المالية بتوظيف رأسمالها النقدى فى سبيل تملك الأصل ، ثم تسترده من خلال أقساط الاجرة التى يدفعها المستفيد فيما يعرف بالاهلاك المالى . وطبقاً للدعاية التجارية لشركات التأجير التمويلي يعتبر تحديد معدلات الاجرة وفقاً لمقدرة المستفيد

---

(١) Réponse ministérielle, Journal Officiel , A N Q , 6 juin 1983,p. 2522.

(٢) BERGERON et GUILLEMIN,op . cit., P . 27 .

(٣) LE ROUYER DE LA FOSSE, op .cit , P. 52 . CAPORALE, op.cit , P . 52 .

(٤) GAUDRION, op .cit ., P. 73. OUERDRAOGO. op .cit , P. 103 . COILLOT : Initiation ...,op.cit., P.196 .CNCF, op .cit ., P.17 .

(٥) PACE : Pratique ..., op . cit , P . B12 .

على السداد من أهم مزايا اللجوء إلى ابرام عقود التأجير التمويلي [1]. ومؤدى ذلك إمكانية الأخذ فى الاعتبار الطابع المستمر أو الموسمى لنشاط المستفيد ، وكذلك وسائل الاستغلال المتوافرة له وحجم النفقات المتعلقة بسداد اقساط ، الاجرة عند تحديد معدلات الاجرة الزمنية أى تحديد آجال مختلف الاقساط ، وكذلك عند تحديد معدلاتها القيمية اى تحديد ما إذا كانت اقساط الاجرة متساوية أو تصاعدية أو تنازلية [2] .

ومن هنا يتأتى تحديد معدلات الاهلاك المالى ، لأنه على ضوء معدلات الاجرة تتحدد معدلات الاهلاك المالى: فان كانت اقساط الاجرة متساوية كان معدلات الإهلاك المالى تصاعدياً لأن الشق المقابل للفائدة التى تتضمنها اقساط الاجرة تزداد مع مرور مدة الائتمان ، وان كانت اقساط الاجرة تصاعدية كان الاهلاك المالى خطياً أى متساوياً ، واخيراً ان كانت اقساط الاجرة تنازلية كان معدل الإهلاك المالى تصاعدياً [3].

ويتضح من ذلك أنه لا يشترط ان تكون معدلات الاهلاك المالى موازية لمعدلات الإهلاك الضريبى ، ذلك ان شركات التأجير التمويلى تكون ملزمة بالخضوع للأحكام الضريبية المتعلقة بإهلاك الأصول المؤجرة ولا تستطيع ان تحيد عنها . ونشير فى هذا الصدد ان أحكام القانون الصادر فى ٢٨ ديسمبر ١٩٥٩ واللائحة الصادرة فى ٩ مايو ١٩٦٠ كانت تجيز إهلاك المعدات الإنتاجية الحديثة وفقاً لمعدلات تنازلية ، وذلك بشرط الا تقل مدة استعمالها العادية عن ثلاث او اربع سنوات بحسب طبيعة المعدة [4]. ولكن منذ صدور قانون ١٢ يوليو ١٩٦٥ لابد من توزيع مخصصات

---

(١) انظر فى ذلك :

BARBE, op . cit , P. 151 et s . CHERKAOUI, op . cit , P . 35 .
BEY : De la symbiotique .., op . cit , P . 197 .

(٢) ويترتب على ذلك انه يمكن تحديد معدلات الاجرة على ضوء معدل الارباحية فى داخل مشروع المستفيد . فى هذا المعنى :

PACE : Pratique ..., op . cit., P 14.

(٣) CNCF, op .cit , P20 BACHASSON, op .cit ., P. 276 No. 295 .
BOUDINOT et FRABOT, op . cit , P. 247 No. 262 .

(٤) BEY et GAVAL DA: Le crédit - bail imm obilier , op. cit., P. 76 .

الإهلاك الضريبى للمعدات المؤجرة على مدد استعمالها العادية [1]. ومؤدى ذلك ان شركات التأجير التمويلى لا تستطيع الافادة بأيه ميزة خاصة عن أى مالك عادى لهذه المعدات ويتعين عليها ان تمارس الاهلاك الضريبى بذات الشروط العامة [2]. وبالتالى لا يمكن ان يكون التأجير التمويلى للمنقولات سبيلاً لتعجيل الإهلاك الضريبى [3]. ذلك ان التعجيل من الإهلاك الضريبى يعنى إمكانية إهلاك الأصل قبل انقضاء عمره الاقتصادى ويتحقق ذلك إذا كانت مدة الإهلاك الخطية اقصر من عمر الأصل [4].

اما فيما يتعلق باهلاك المبانى من الوجهة الضريبية فقد اشارنا من قبل إلى ان مدة عقود التأجير التمويلى لا يمكن ان توازى أو حتى تقترب من مدد إهلاك المبانى المقررة قانوناً ، وذلك لطول العمر الاقتصادى للمبانى إذا ما قورن بعمر المعدات الإنتاجية . وبالتالى ما من شك فى تباين معدلات الاهلاك المالى ومعدلات الإهلاك الضريبى حيث ان القواعد العامة تفرض معدل إهلاك خطياً للعقارات .

الا انه عند صدور لائحة ١٩٦٧ اجيز للشركات العقارية للتجارة والصناعة تبنى معدل الاهلاك الضريبى الذى تراه اكثر ملاءمة لها وذلك على خلاف ما تقضى به القواعد العامة . [5] وبالاضافة الى ذلك قامت نشرة وزير الاقتصاد والمالية الصادرة فى ٣٠ سبتمبر ١٩٦٨ باختزال مدد الاهلاك الضريبى التى تجاوز عشرين سنة وذلك على النحو التالى :

---

(١) BRANDELA, op. cit., P. 26 .PACE: Pratique .., op. cit., P. B.12

(٢) CNC, op. cit , P. 20 . THOMAZEAU :Fiscalité et Banque , Editions Sirey , Techniques bancaires et commerciales, 1972, P. 37 .

(٣) CNCF, op. cit., P. 20 .CROIZAT, op. cit., P.106 , P OUSSIER, Leasing mobilier, mémoire DES, Droit DES Affaires, Paris. I, 1971,, 2° partie , chapitre II , P . 16 .

(٤) MAZET : La location financière internationale , Revue de jurisprudence commerciale, fèvrier 1985 , Numèro spécial : Les opérations internationales de Banque, P. 50 .

(٥) OUERDRAOGO , Op . Cit , P . 103 .

* مدة الاهلاك التى تتراوح بين اربعين سنة وخمسين سنة الى ثلاثين سنة .
* مدة الاهلاك المحددة بثلاثين سنه الى خمس وعشرين سنة .
* مدة الاهلاك المحددة بخمس وعشرين سنة الى عشرين سنة [١] .

ومع ذلك وخلافا للتأجير التمويلى للمنقولات يظل التفاوت بين مدة الاهلاك الضريبى ومدة الاهلاك المالى متسعا ، ويترتب على ذلك انقضاء عقد التأجير التمويلى قبل انهاء الشركة المؤجرة للاهلاك الضريبى . وحيث ان الغالب ان يقل ثمن تملك المستفيد للعقار عن قيمته المتبقية كما تسجلها دفاتر الشركة يؤدى ذلك الى ظهور تناقص حاد لقيمة العقار يتمثل فى الفرق بين القيمة المتبقية وثمن التملك . وتعد هذه الظاهرة بالغة الاثر على شركات التأجير التمويلى العقارى اذ ينتج عنه عجز فى السيولة النقدية المتاحة لها ، ويزيد من الامر حدة سرعة تحقق هذا العجز [٢] .

وللحد من الآثار البالغة التى تنتج عن التفاوت بين معدلات الاهلاك الضريبى ومعدلات الاهلاك المالى اجاز القانون الضريبى لعام ١٩٦٩ وهو القانون رقم ٦٩ – ١١٦١ الصادر بتاريخ ٢٤ ديسمبر ١٩٦٩ للشركات العقارية للتجارة والصناعة تكوين احتياطيات تستوعب الفرق بين ناتج الاهلاك المالى طبقا للمعدل الذى يقضى به عقد التأجير التمويلى وناتج الاهلاك الضريبى طبقا للمعدل المقرر قانونا . ويجوز خصم قيمة الاحتياطيات المكونة من الوعاء الضريبى للشركة وهى تقابل قيم الاهلاك الضريبى الذى لم يستكمل بعد[٣] . وبذلك يعود التوزان بين قيمة العقار المتبقية فى نهاية مدة الايجار والقيمة التى تم تسجيلها محاسبيا من واقع تعجيل الاهلاك المالى بالمقارنة للاهلاك الضريبى [٤] .

١٤٥ – والواقع ان الامكانية المتاحة لشركات التأجير التمويلى من مزاولة

---

(١) BALME, op. cit., No.37, P ACE : Economie..., op. cit., P .68.
(٢) GIOVANOLI, op. cit., P . 140 No. 174 .
(٣) BOSC, op. cit., P.16 .LE ROUYER DE LA FOSSE, op. cit., P.50.
(٤) OUERDRAOGO, op. cit., P . 102 . PACE : Pratique..., op. cit., P. E 15 et s .

شكلين للإهلاك احدهما مالي والآخر ضريبي تمثل ميزة بالغة الاهمية بالنسبة لها . فمن المقرر ان مخصصات الاهلاك تمثل الى جانب الاحتياطيات اهم مصادر التمويل الذاتي للمشروعات الاقتصادية (١) . وعند اختلاف معدل الاهلاك الضريبي عن معدل الاهلاك المالي حيث يكون الاول اسرع من الثاني تزداد مخصصات الاهلاك التي يتم خصمها من الوعاء الضريبي في الفترة الزمنية الواحدة (٢) . وحيث ان ما يتم خصمه من الوعاء الضريبي يزيد في حقيقة الامر عما يتم تحصيله من المستفيد يتكون بذلك « احتياطي كامن » يسمح لشركة التأجير التمويلي بزيادة استثماراتها استنادا الى موارد ثابته . ولا يخفى ما يكون لظاهرة تكون الاحتياطي الكامن من اهمية بالغة في فترات الحد من نطاق الائتمان على الصعيد القومي بفعل تدخل السلطات العامة . لذلك تحرص شركات التأجير التمويلي دائما على ان يكون معدل الاهلاك المالي ابطأ من معدل الاهلاك الضريبي (٣) .

فمن الوجهة النظرية تكون شركة التأجير التمويلي بالخيار بين سياسيتين مختلفتين للاهلاك :

الاولى : اذا كانت الشركة تهدف الى تحقيق ربح يوازن الفوائد المتضمنة في اقساط الاجرة يمكنها تحديد معدل اهلاك مالي يكون تصاعديا او خطيا على ضوء تحديد معدل اقساط الأجرة(٤) . وفي هذه الحالة يمكن للشركة الاتفاق بداءة مع المستفيد على معدل اقساط الاجرة ثم تحدد على اثر ذلك معدل الاهلاك .

الثانية : اذا كانت الشركة تهدف الى زيادة مخصصات الاهلاك الضريبي

---

(١) N' DIZI , op. cit., P . 16 .

(٢) BEY : Jurisclasseur Banque et Crédit , op. cit., Fasc. 651, No.38 .

(٣) BRADFORD, Le développement du crédit-bail en période d' encadrement du crédit. Interprétation du cas Français (1969-1979), Mémoire DEA, Monnaie-finance-banque, Paris-, I, 1981, P .151 .

(٤) PAPELIER : Les SICOMI ,Mèmoire DESS Gestion financière et fiscalité, Paris-I, 1983 , P.40 . SIMEAU: Les SICOMI, Thèse 3° cycle , Sciences Economiques - Option Finance, Orléans, 1976, P.138 .

بحيث يقل صافى الربح الواجب توزيعه ويزيد فى مقابل ذلك حجم احتياطيها فانها تحدد بداءة معدل الاهلاك الضريبى . وفى سبيل تحقيق الغاية المنشودة يجب ان يكون معدل الاهلاك الضريبى تنازليا اذا كان معدل الاهلاك المالى خطيا ، او يكون تنازليا او خطيا اذا كان معدل الاهلاك المالى تصاعديا [١] .

والواقع ان شركات التأجير التمويلى تميل الى تبنى هذه السياسة الثانية وتفرض بالتالى معدلات اجرة تنازلية الذى تزيد من سرعة رأس المال مما يسمح لها بمزيد من التوسع فى نشاطها [٢] . ومن جانب آخر تسمح هذه المعدلات بتفادى العيوب الناجمة عن تجاوز مدة الاهلاك الضريبى لمدة عقد التأجبر التمويلى [٣] ، وهو ما يكون دائما فى التأجير التمويلى العقارى ويكون لازما فى التأجير التمويلى للمنقولات لأن العقود فى الفرض الاخير تحدد دائما ثمنا لتملك المنقول يتمثل فى قيمتة المتبقية .

ولذلك ليس من الصحيح ان معدلات الاجرة تتحدد وفقا لامكانات سداد المستفيد او على ضوء معدلات الربحية فى داخل مشروعه ولكنها تتحدد على ضوء الاعتبارات الضريبية وما تفرضه احكام الاهلاك الضريبى على شركة التأجير التمويلى من نمط لمعدل الاهلاك ، ثم على ضوء ذلك تحدد الشركة معدلات الاهلاك المالى التى تتسق ومصالحاها ومنها تتحدد معدلات الاجرة التى يلتزم المستفيد بدفعها [٤] .

١٤٦ - يتبين لنا من العرض المتقدم مدى اهمية الاعتراف للتأجير التمويلى بالطبيعة الايجارية من الوجهة الضريبية . ذلك أن قالب الايجار يحفظ لشركة التأجير التمويلى مركزها القانونى بوصفها مالكة للاصل طوال مدة العقد . وبالتالى يمكنها ان تفيد من مزايا الاهلاك الضريبى التى تتمثل فى خصم مخصصات الاهلاك من وعائها الضريبى ، بل يمكنها فوق ذلك الافادة من التفاوت بين معدل الاهلاك المالى

---

(١) PAPELIER, op. cit ., P .40 et s.

(٢) PACE : Economie ...., op .cit ., P . 50 .

(٣) CNCF, op . cit., P . 20 .

(٤) PACE : Pratique ....., op. cit., P . B 17

ومعدل الاهلاك الضريبي على نحو ما رأينا .

وفيما يخص نشاط التأجير التمويلي العقارى تولت لائحة ١٩٦٧ ازالة العوائق الضريبية التى كانت تعترض ازدهار هذا النشاط . فمن جانب تم اعفاء الشركات العقارية للتجارة والصناعة من الضريبة على الشركات ، ومن جانب آخر تم تعديل احكام الإهلاك الضريبي للمبانى حتى يخف العبء المالى الناشىء عن اخضاع ارباح هذه الشركات للضريبة على الارباح الصناعية والتجارية .

المطلـب الثانـــى

احكام الضرائب غير المباشرة فى مجال التأجير التمويلى

١٤٧ - اتضح منذ فجر التأجير التمويلي فى فرنسا ما لفرض الضرائب غير المباشرة بمناسبة انجاز هذه العمليات من اثر سلبى بالغ على ازدهار ذلك النشاط المستحدث . فقد ادى فرض الضرائب غير المباشرة الى ارتفاع تكلفة التمويل التى يتحملها المستفيد . وكان ذلك عائقا فى سبيل اللجوء الى ابرام عقود التأجير التمويلى وبالتالى انتشار الظاهرة وازدهارها .

و تتمثل الضرائب غير المباشرة الرئيسية التى تفرض بمناسبة القيام بعمليات التأجير التمويلى فى الضريبة على القيمة المضافة [١] التى تلتزم شركة التأجير التمويلى يدفعها عند شراء الأصل ، وفى الضريبة على التصرفات العقارية [٢] التى تلتزم الشركة بدفعها عند نقل ملكية العقار الى المستفيد، مع ملاحظة فى هذا الفرض الاخير ان التأجير يسبقه شراء الشركة للعقار وهو مناسبة ايضا لاداء هذه الضريبة .

ولقد تدخلت السلطات العامة فى فرنسا للتخفيف من الآثار الناجمة عن فرض هذه الضرائب غير المباشرة بمناسبة عمليات التأجير التمويلى . الا ان الامر مر بمراحل عديدة يحسن العرض لها . ولذلك سوف نعرض أولا للأحكام الخاصة بفرض

---

(١) Taxe à la valeur ajoutée المعروفة اختصارا بال TVA .

(٢) Droits de mutation immobilière.

الضريبة على القيمة المضافة فى مجال التأجير التمويلى ثم نعرض فى اعقاب ذلك للأحكام الخاصة بفرض الضريبة على التصرفات العقارية فى هذا المجال .

أولا: الاحكام الخاصة بالضريبةعلى القيمة المضافة فى مجال التأجير التمويلى:

١٤٨ - عند بدء مزاولة نشاط التأجير التمويلى كان الطرفان المتعاقدان بالخيار بين اخضاع العمليات لإحدى الضريبتين الآتيتين : اما الضريبة على القيمة المضافة واما الضريبة المهنية الخاصة [١] . ولكن نظرا لخضوع جل عملاء شركات التأجير التمويلى للضريبة الاولى اختارت هذه الشركات طواعية الخضوع للضريبة على القيمة المضافة [٢]، وذلك حتى يتسنى لها ان تخصم مبلغ الضريبة التى تدفع الى الخزانة العامة عند شراء المنقولات من الضريبة المتحصلة من خلال اقساط الاجرة [٣].

كذلك فى اول الامر كانت شركات التأجير التمويلى تستطيع أن تسترد مقدار الضريبة المقررة عند شراء العقار او بنائه من خلال اقساط الاجرة التى يدفعها المستفيد [٤] .

١٤٩ - ويتضح من ذلك ان المستفيد هو الذى يتحمل دائما العبء النهائى للضريبة غير المباشرة التى تدفعها شركة التأجير التمويلى عند تملكها الاصل ، ولكن كان لزما على الشركة ان تدفع كامل قيمة الضريبة عند بدء العملية ولا تستردها الا على دفعات من خلال اقساط الاجرة اثناء تنفيد عقد التأجير التمويلى [٥] . ومؤدى ذلك ان تكون قيمة الضريبة مضافة الى اقساط الاجرة [٦]، مما ترتب عليه ارتفاع تكلفة التمويل الذى يحصل عليه المستفيد من خلال عقد التأجير التمويلى [٧] .

---

(١) Taxe professionnelle spéciale المعروفة اختصارا بال TPS

(٢) CROIZAT , Op . Cit , P . 73 .

(٣) CHAMPAUD : JCP 1965,op. cit., No . 52 .

(٤) WALTER , Op . Cit , P. 7. PAPELIER, op. cit., P. 34 .

(٥) CHAMPAUD , Op . Cit , No. 52 .

(٦) CROIZAT, Op . Cit ., P . 50.

(٧) HENNIQUEAU : Quelques réflexions sur l' avenir du "leasing" en France ,Revue Banque , 1965, P .560 .LEQUIN, op. cit., P. 32.

ولقد زاد من حدة هذه الأعباء المالية الاضافية ان شركات التأجير التمويلى نظرت الى مبلغ الضريبة على القيمة المضافة باعتبارها تجميدا لرأسمال نقدى دون اى عائد [١] نظرا لامتداد استردادها التدريجى لها طوال مدة وفاء المستفيد لأقساط الاجرة [٢]. لذلك عمدت شركات التأجير التمويلى الى تحميل المستفيد عبء تجميد رأسمال الشركة مما ادى الى زيادة تكلفة التمويل ، وكأنها تمنحه فى واقع الامر ائتمانا ضريبيا [٣] .

١٥٠ - ولقد اقترح جانب من الكتاب اسلوبين متميزين للقضاء على الآثار السلبية الناجمة عن فرض الضريبة على القيمة المضافة او بعبارة أدق للتخفيف من آثارها :

الاول : يتمثل فى تمكين شركات التأجير التمويلى من استرداد الضريبة على القيمة المضافة سريعا ، وذلك عن طريق السماح لها بنقل دين الضريبة ابتداء الى عملائها بحيث تتفادى ظاهرة الائتمان الضريبى [٤] .

الثانى : ويتمثل فى تحميل الخزانة العامة جميع تبعات الائتمان الضريبى التى كانت تتحمله شركات التأجير التمويلى ، وذلك عن طريق تأجيل وفائها بالضريبة على القيمة المضافة الى الخزانة العامة حتى اداء المستفيد لأقساط الاجرة [٥] .

وفى عام ١٩٦٨ تدخلت السلطات العامة الفرنسية وتبنت الاتجاه الاول للتخفيف من آثار فرض الضريبة غير المباشرة فيما يمكن تسميته بنظام نقل

---

(١) CROIZAT, Op . Cit , P . 50. WALTER , Op . Cit ., P. 34 .
(٢) BRANDELA , Op . Cit ., P . 29 .
(٣) ويعنى ذلك ان شركات التأجير التمويلى اعتبرت الضريبة على القيمة المضافة بمثابة قرض منحته للمستفيد ، وبالتالى يتعين على هذا الاخير رده بالاضافة الى الفائدة المقررة عنه . وقد تم حساب هذه الفائدة على اساس اسعار الفوائد المصرفية السائدة مقابل منح الائتمان متوسط الأجل .
(٤) MERA , Op . Cit ., P . 55 .
(٥) BRANDELA , Op .Cit ., P . 24 .

دين الضريبة . ولكن شركات التأجير التمويلي العقارى كانت تميل الى تبنى الاتجاه الثانى فتدخلت السلطات العامة مرة اخرى فى عام ١٩٧٢ لتقر امكانية استرداد الضريبة على القيمة المضافة التى تفرض على الشركات العقارية للتجارة والصناعة ، ثم تم مد هذه الأحكام الجديدة الى التأجير التمويلي للمنقولات .

أ) نظام نقل دين الضريبة الى المستفيد :

١٥١ - بموجب اللائحة التنفيذية الصادرة فى تاريخ ٧ اكتوبر ١٩٦٨ سمح لشركات التأجير التمويلي بنقل دين الضريبة على القيمة المضافة الى المستفيد وذلك باحدى وسيلتين بحسب اختيار الشركة المؤجرة [١] . وتعرف الوسيلة الاولى بالنقل المجانى لدين الضريبة بينما تعرف الوسيلة الثانية بنقل ديـن الضريبة على سبيل المعاوضة [٢] .

(١) النقل المجانى لدين الضريبة :

١٥٢ - بموجب هذه الوسيلة تقوم شركة التأجير التمويلي بمنح المستفيد افادة بمبلغ الضريبة على القيمة المضافة المستحقة . ويقوم المستفيد بتحصيل الضريبة المقررة على رقم اعماله ويحتفظ بها لديه ، وفى الوقت ذاته تسمح الضريبة التى يتم تحصيلها من خلال اقساط الاجرة بالتخفيف من مديونية شركة التأجير التمويلي تجاه الخزانة العامة .

وطوال المدة المقررة لتمتع شركة التأجير التمويلي بهذه الميزة والتى تحددها الخزانة العامة لا يتم اداء الضريبة مطلقا اليها . وعند انقضاء هذه المدة تقوم الشركة باداء الضريبة من واقع ما تم تحصيله منها من خلال اقساط الاجرة [٣] .

وفى حقيقة الامر يتمثل النقل المجانى للضريبة على القيمة المضافة فى ائتمان

---

(١) ويعنى ذلك ان الادارة الضريبية تجعل المستفيد فى واقع الامر فى حكم مالك الاصل مادام دين الضريبة قد انتقل اليه . فى هذا المعنى : N' DIZI , op. cit., P . 1 87 .

(٢) Transfert de la TVA à titre gratuit et Transfert de la TVA à titre onéreux.

(٣) BUTTNER, op. cit., P . 54 .

يمنح للمستفيد حيث يقوم تغذية سيولته النقدية بالضريبة التى يحصلها على رقم اعماله والتى لا يقوم باداثها فى التوالى الخزانه العامة . ولكنه يلتزم باداء الضريبة من خلال اقساط الاجرة . اما فيما يتعلق بشركة التأجير التمويلى لا يقرر هذا النظام ميزة خاصة لها ولكنها تتفادى ظاهرة الائتمان الضريبى حيث لا تكون ملزمة باداء مبلغ الضريبة عند تملكها للاصل [1] .

(٢) نقل دين الضريبة علي سبيل المعاوضة :

١٥٣ - تتمثل الغاية من هذا النظام فى التخفيف من آثار ظاهرة الائتمان الضريبى بالنسبة الى الشركة المؤجرة ، ولا تختلف فى ذلك عن نظام النقل المجانى لدين الضريبة وان كان يتحقق بآليات مختلفة وينتج عنها بعض الآثار المحاسبية .

فالمستفيد يتلقى هنا ايضا من شركة التأجير التمويلى افادة بمبلغ الضريبة على القيمة المضافة المستحقة الدفع آجلا الى الخزانة العامة . ويقوم المستفيد باضافة هذا المبلغ الى اثمان مبيعاته على ان يقوم باداثه الى الشركة بمجرد اتمام صفقات البيع ، فتستطيع الشركة بدورها اداء مبلغ الضريبة المستحق الى الخزانة العامة .

ويترتب على ذلك ان المستفيد يقوم باداء اقساط الاجرة دون ان تشتمل على الضريبة الى ان يتم استنفاد قيمة مبلغ الضريبة الذى تم الوفاء به الى الخزانة العامة . وفى اعقاب ذلك يدفع المستفيد اقساط الاجرة بما تشمله من ضريبة ولا تكون شركة التأجير التمويلى ملزمة باداء الضريبة الى الخزانة العامة الا من واقع ما يتم تحصيله منها خلال أقساط الاجرة [2] .

١٥٤ - ومن الوجهة المحاسبية كان لابد من تصوير نقل دين الضريبة فى كل من ميزانية شركة التأجير التمويلي وميزانية المستفيد : فالشركة تقوم بقيد الائتمان

---

(١) CNME : Crédit - bail immobilier et gestion financière de la firme , Bulletin d' information èconomique , no 44, 3° trimestre 1969, P . IIA6. BUTTNER, Op .Cit ., P.54 .

(٢) BUTTNER, Op . Cit , P .55. LEQUIN, Op . Cit , P . 33 .

الضريبى ضمن اصولها ، وهو ما كان يقابل دين الضريبة الذى يشغل ذمتها فى مواجهة الخزانة العامة . ويتحقق التوازن لهذا القيد بقيد المبلغ من الضريبة الذى يوفى به المستفيد فى جانب الخصوم . وكأن المستفيد صاردائنا للشركة بهذا المبلغ ، فيقوم بدوره بقيده فى جانب اصوله . وحتى يتحقق التوازن فى مزانيته يقيد فى جانب الخصوم دينا مساويا مقررا للخزانة العامة .

وعندما تتلقى شركة التأجير التمويلى كل قسط من الاجرة من المستفيد تقوم الشركة باضافة الشق الذى كان ليقابل الضريبة الى خصومها . وحيث ان المستفيد لا يقوم فى واقع الامر باداء الضريبة تضاف قيمتها ايضا الى اصول الشركة .

وفى مقابل ذلك يقوم المستفيد بخصم قيمة الضريبة من جانب اصوله المتمثل فى دائنيته للشركة بمبلغ الضريبة الذى دفعه لها ، كما يخصم قيمة الضريبة أيضا من المديونية الصورية فى مواجهة الخزانة العامة . وتتكرر هذه القيود المحاسبية بمناسبة الوفاء بكل قسط من الاجرة الى ان يتم استنفاد قيمة مبلغ الضريبة الذى تم سداده الى الخزانة العامة [١] .

١٥٥ – ويتضح من ذلك ان نظام نقل الضريبة على سبيل المعاوضة لا يوفر للمستفيد ادنى ميزة خاصة . ولكنه يعفى ميزانية شركة التأجير التمويلى من تجميد كامل قيمة الضريبة على القيمة المضافة دون عائد [٢]. لذلك تبنت شركات التأجير التمويلى نظام نقل الضريبة على سبيل المعاوضة مفضلة اياه على نظام النقل المجانى [٣] .

ومع ذلك لا يخلو النظام المتقدم من عيوب : فبالنسبة الى المستفيد لا يسمح له

---

(١) BISSERET, THEIMER et HABIB - MEYER: Aspects fiscaux du crédit - bail immobilier , Cahiers du Droit de L'Entreprise, mars - avril 1972, P. 20.

(٢) BUTTNER, op. cit., P .55.

(٣) WALTER, op. cit., P . 38 .

باجراء اى خصم للضريبة [١] فى حين يستطيع خصم الضريبة المقررة على اقساط الاجرة من مبلغ الضريبة المقررة على رقم اعماله والذى يلتزم بدفعه الى الخزانة العامة [٢] . ويضاف الى ذلك ان التأجير التمويلى فى حد ذاته يحرم المستفيد من خصم كامل قيمة الضريبة المفروضة على شراء الاصل من مبلغ الضريبة المقررة على رقم اعماله ، وهو ما كان ليتحقق لو أن المستفيد قام بشراء الاصل وتملكه ولم تحرص شركة التأجير التمويلى على تملكه على سبيل الضمان [٣] .

اما بالنسبة الى شركة التأجير التمويلى فإن نقل الضريبة على سبيل المعاوضة يجعل من المستفيد سبيلا لا سترداد الضريبة التى تمولها الخزانة العامة [٤] ، لكنه فى المقابل يظهر الشركة باعتبارها مدينة للمستفيد بقيمة الضريبة كما انه يجعل الخزانة العامة تتحمل خطر اعسار المستفيد [٥] .

١٥٦ - ومع ذلك تحققت النتيجة المرجوة من تقرير نظام نقل دين الضريبة وتتمثل فى التخفيف من تكلفة التمويل حال اللجوء الى ابرام عقد من عقود التأجير التمويلى [٦] ، حيث لم تعد شركات التأجير التمويلى تتحمل ظاهرة الائتمان الضريبى اى تجميد مبلغ الضريبة دون عائد [٧] . والواقع أن الضريبة على القيمة المضافة التى لم يكن من الجائز نقلها قبل ١٩٦٨ كانت تزيد من تكلفة التأجير التمويلى بواقع نقطتين ماليتين تقريبا [٨] .

وعن طريق لائحة ١٩٦٨ تم التخفيف من آثار ما دأب الفقه الفرنسى على

---

(١) NGUYEN - TAHN,op. cit., N0.33. BUTTNER,op. cit., P.55.
(٢) LOBEZ, op. cit., P. 32 .
(٣) BANQUE DE FRANCE : Le crédit - bail mobilier ,op. cit., p.7 .
(٤) CNME: Crédit - bail immobilier .., op. cit., P . 7 .
(٥) BISSERET, THEIMER et HABIB-MEYER, op. cit., P . 20 .
(٦) COZIAN, op. cit., P . 151 .
(٧) LEQUIN, op. cit., P.32 .GLOVANOLI. op. cit., P.143 N0 117 .
(٨) BUTTNER, op. cit., P . 57 .

تسميته « بالمطلب المالى » butoir financier [1].

ب) استرداد الضريبة من الخزانة العامة :

١٥٦ - ادت احكام لائحة ١٩٦٨ الى التخفيف من الآثار السلبية الناجمة عن فرض الضريبة على القيمة المضافة عند تملك شركة التأجير التمويلى للاصل . الا انها لم تقض بالحتم على هذه الآثار والتى ظل عبؤها ثقيلا وبصفة خاصة فى حالة التأجير التمويلى العقارى .

لذلك صدرت اللائحة رقم ٧٢ - ١٠٢ فى تاريخ ٤ فبراير ١٩٧٢ واجازت للشركات العقارية للتجارة والصناعة مطالبة الخزانة العامة مباشرة باسترداد الضريبة على القيمة المضافة التى سبق لها الوفاء بها . وفى ظل الاوضاع الجديدة تقوم الخزانة العامة بتحصيل الضريبة من واقع سداد المستفيد لها من خلال اقساط الاجرة [2].

ومنذ صدور لائحة ١٩٧٢ لم يعد نظام نقل الضريبة مطبقا على عمليات التأجير التمويلى العقارى التى تقوم بها الشركات العقارية للتجارة والصناعة ، ثم تم فى اعقاب ذلك مد هذه الاحكام الى التأجير التمويلى للمنقولات [3].

ففى الوقت الراهن اذن تستطيع شركات التأجير التمويلى استرداد الائتمانات الضريبية التى تظهر منذ تاريخ الاول من يناير ١٩٧٢ . كذلك يمكن للشركات التى يتم تأسيسها حديثا طلب استرداد الضريبة من قبل قيامها بعمليات تدرى عليها دخلا يتشكل منه وعاؤها الضريبى . وبالتالى تكون الخزانة العامة قد نزلت عن حقها فى تعليق حق شركات التأجير التمويلى فى طلب الاسترداد على سبق قبضها لأقساط الاجرة او مقدمات الاجرة فى حالة بناء العقار [4] .

---

(١) BANQUE DE FRANCE,op. cit., P . 3 .

(٢) LEQUIN, op. cit., P. 34 . PACE: Pratique ..., Op .Cit ., P.F4 . N'DIZI, op. cit., P . 187 .

(٣) WALTER, op. cit., P . 38 .

(٤) Nota au Bulletin Officiel , 3 - D mars 1981 .

١٥٧ - ويجب تقديم طلبات استرداد الضريبة فى شهر يناير من كل عام على الا يقل المبلغ المراد استرداده عن الف فرنك . كما يمكن تقديم الطلب فى شهر ابريل او يوليو او اكتوبر اذا كان مبلغ الضريبة المراد استرداده عن الثلاثة اشهر السابقة يبلغ خمسة الف فرنك على الاقل ، ولكن بشرط ان تفيد شركة التأجير التمويلى بان دينا بالضريبة مما يجوز عنه طلب الاسترداد قد نشأ خلال هذه الفترة [١] .

ومن الوجهة العملية ترد الخزانة العامة الضريبة على القيمة المضافة الى شركة التأجير التمويلى بعد فترة زمنية تتراوح بين ثلاثة وستة اشهر من تاريخ الوفاء بها [٢] وخلال الفترة الواقعة بين تاريخ سداد الضريبة وتاريخ استردادها من الخزانة العامة يكون المستفيد ملتزما باداء الفائدة عن الائتمان الضريبى رغم قصر مدته ، وفى مجال التأجير التمويلى العقارى يتم حساب هذه الفائدة على ضوء سعر الفائدة المقررة للوفاء بمقدمات الأجرة [٣] . ويتأكد بذلك ان المستفيد لا يمكنه ان يسلم من تحمل اى عبء مالى ينشأ عن تدخل شركة التأجير التمويلى ولو كان ناشئا عن مدة قصيرة مثل تلك التى تفصل بين تاريخ سداد الضريبة وتاريخ استردادها ومن جهة أخرى يتضح لنا ان شركات التأجير التمويلى تنظر الى كل وحدة من النقود التى تنفق بمناسبة انجاز عملية التأجير التمويلى باعتبارها استثمارا من جانب يجب على المسفيد الوفاء بالعائد الذى يتقرر له ، لا فرق فى ذلك بين اقساط الاجرة ومقدمات الاجرة والفائدة المقررة عن تجميد مبلغ الضريبة على القيمة المضافة مدة ثلاثة اشهر او ستة !

ومع ذلك ومنذ صدور لائحة ١٩٧٢ لم يعد المستفيد يتحمل من الفوائد الا

---

(١) Article 242 - OC . annexe II du Code Général des Impôts .

(٢) BAUGAS, op. cit., P. 34

(٣) SIMEAU,op. cit., P . 118 . BAUGAS , op. cit., P .34 .

وجدير بالاشارة فى هذا الصدد ان مجلس الدولة الفرنسى حكم بان تأخير الخزانة العامة فى رد الضريبة على القيمة المضافة لا يكون موجبا الالزامها بدفع فوائد تأخيرية :

Conseil d' Etat . 8 mai 1981 , Bulletin du Conseil d' Etat , 1981 .

هذا القدر الضئيل. ونظرا لاسترداد شركة التأجير التمويلى للضريبة لم يعد الإئتمان الذى تمنحه للمستفيد واردا إلا على ثمن شراء الأصل أو تكلفةبناء العقار دون ان يشمل الضريبة على القيمة المضافة . وبالتالى وعن طريق التخفيف من الاعباء المالية التى تتحملها شركات التأجير التمويلى نقصت تكلفة التمويل التى يتحملها المستفيد بالنظر الى ان اقساط الاجرة لم تعد تشمل جانبا من اعباء شركة التأجير التمويلى الماليـة .

١٥٧ - وخلاصة القول ان وفاء شركة التأجير التمويلى للضريبة على القيمة المضافة كان ضارا بمصالحها لإضطرارها الى تجميد رأسمال نقدى هام وبصفة خاصة فى حالة العمليات الواردة على العقارات . وبالرغم من انه كان فى مقدور الشركة تحميل المستفيد عبء الائتمان الضريبى الصورى كان مجرد تجميد رأس المال ضار بمصالحها لأن نشاط التأجير التمويلى يتطلب استثمار رؤوس اموال ضخمة . ولا شك ان الشركة تفضل الافادة من كل مبلغ يتوافر لها بدلا من تجميده فى صورة ضريبة على القيمة المضافة يتم سدادها الى الخزانة العامة .

ومن بين السبيلين اللذين تقدمت به لائحة ١٩٦٨ للتقليل من تكلفة التمويل اختارت شركات التأجير التمويلى نقل دين الضريبة على سبيل المعاوضة ، حيث تحقق لها بذلك التخفيف من العبء المالى الناشئ عن تجميد مبلغ الضريبة ، وبالرغم من مساس التزام المستفيد باداء مبلغ الضريبة بداءة الى الشركة باهم الشعارات الدعائية لشركات التأجير التمويلى والتى تتمثل فى ان التأجير التمويلى هو تمويل كامل لاستثمار المستفيد بمعنى ان هذا الاخير ليس مضطرا الى اداء اية تقدمة مالية فى سبيل الانتفاع بالاصل .

ويتحمل المستفيد فى الوقت الراهن الفائدة المقررة عن المدة التى تفصل بين تاريخ سداد شركة التأجير التمويلى للضريبـة وتاريخ استردادها من الخزانـة العامـة . ولا يمكن القول والحالة هذه ان تدخل المشرع الفرنسى يعيد النظر فى المبدأ الذى استقرت عليه شركات التأجير التمويلى ، و بموجبه يتحمل المستفيد وحده كامل

النفقات والاعباء المالية الناشئة عن التأجير التمويلى [١] .

ثانيا : الاحكام الخاصة بالضريبة على التصرفات العقارية فى مجال التأجير التمويلى :

١٥٨ - يقتضى انجاز احدى عمليات التأجير التمويلى العقارى ازدواج نقل ملكية العقار ، اذ تكتسب شركة التأجير التمويلى العقار المؤجر فى بداية العملية وغالبا ما تنتقل ملكيته الى المستفيد فى موعد اقصاه نهاية مدة الايجار حسب نص المادة الاولى فقرة ثانية من قانون ١٩٦٦ . وتمثل واقعة اكتساب الملكية مناسبة لفرض الضريبة على التصرفات العقارية مما يعنى فرض هذه الضريبة مرتين بمناسبة انجاز احدى عمليات التأجير التمويلى العقارى. وتكون عاقبة ذلك وخيمة بالنسبة الى المستفيد الذى يتحمل تكلفة غير محتملة للتمويل الذى يحصل عليه من الشركة المؤجرة [٢] .

وطبقا للقواعد الضريبية العامة يتحدد سعر الضريبة على التصرفات العقارية بواقع نسبة ١٦،٦ ٪ من ثمن تملكه ، شاملة بذلك مجموع الضرائب المحلية المستحقة. ويلاحظ انه منذ عام ١٩٦٨ تستبدل الضريبة على القيمة المضافة بالضريبة على التصرفات العقارية فى حالة اكتساب ملكية العقار قبل مضى خمس سنوات على تاريخ بنائه [٣] . وجدير بالاشارة الى ان المشرع الفرنسى يربط بين استحقاق الضريبة على التصرفات العقارية واستحقاق رسم الشهر العقارى : ذلك انه يلزم الوفاء برسم قيمته ٦،٠٪ من ثمن التملك فى حالة عدم استحقاق الضريبة على القيمة المضافة ، اما اذا كانت هذه الضريبة الاخيرة مستحقة لا يكون رسم الشهر مستحقا [٤] .

وقد يحدث ان تقوم شركة التأجير التمويلى بتملك العقار قبل مضى خمس سنوات على تاريخ بنائه فيكون هناك مجال لفرض الضريبة على القيمة المضافة بدلا

---

(١) انظر فى هذا المعنى : PACE : P ratique..., op. cit., P . F.7

(٢) GIOVANOLI, Op . Cit , P 137 No .172 .

(٣) GIOVANOLI. Op .Cit , P . 138 No .172 .

(٤) GORE et JADAUD : Droit fiscal des Affaires , Précis Dalloz, Paris , 1980, P.148 No 140. BOSC, Op . Cit , P . 16 .

من الضريبة على التصرفات العقارية . اما بالنسبة لتملك المستفيد للعقار فإنه لا مجال للقول بإمكانية فرض الضريبة على القيمة المضافة لأن مدد عقود التأجير التمويلى العقارى تتراوح بين خمسة عشر وعشرين عاما [١] .

١٥٩ – ولا تكون الضريبةعلى التصرفات العقارية مستحقة عند اكتساب ملكية المبانى تطبيقا لأحكام الالتصاق العقارى [٢]. كذلك لا تكون الضريبة مستحقة عند انتقال ملكية العقار الى المستفيد نتيجة شرائه حصص شركة التأجير التمويلى فى الشركة المدنية العقارية [٣]. وهذا مايفسر لجوء الطرفين الى ابرام عقد الايجار البنائى او عقد الايجار الحكرى ولجوئهما الى تأسيس الشركة المدنية العقارية فى سبيل انجاز العمليـة [٤] .

ومع ذلك لم يكن هناك بد من تدخل المشرع الفرنسى من اجل التخفيف من الآثار المالية السلبية الناجمة عن فرض الضرائب غير المباشرة على تداول العقارات بمناسبة عمليات التأجير التمويلى العقارى . فمن جانب لم تكن جميع الفروض تشهد ملكية المستفيد للأرض التى تقام عليها المبانى المؤجرة ، ومن جانب آخر لم يكن اللجوء الى تأسيس الشركة المدنية العقارية متيسرا فى جميع الأحوال .

لذلك صدرت لائحة ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ وقامت بتعديل تعريف التأجير التمويلى العقارى بحيث يشمل فروضه المختلفة ويقر بالتالى بالمزايا الضريبية التى قد ترتبط بها . ومن جانب آخر ارست نظام الشركة العقارية للتجارة والصناعة وقرر لها مزايا ضريبية

---

(١) GIOVANOLI,op .cit , P .138 No. 172 .

(٢) LEQUIN,op.cit, P.35.GORE et JADAUD,op.cit., P.148 No.140. BEY :Jurisclasseur Banque et Crèdit, op .cit ,Fasc. 651, No. 85.

(٣) COILLOT: le crèdit -bail immobilier ..., op. cit . FERRONNIERE et DE CHILLAZ, op . cit , P . 533 No . 591 .

(٤) وجدير بالاشارة الى ان الضريبة على التصرفات العقارية لاتفرض على الايجار البنائى مالم يرض المؤجر بالخضوع للضريبة على القيمة المضافة : المادة ٢١٦ فقرة خامسة بند رابعا من التقنين الضريبى العام كذلك لا يخضع العقد لرسم الشهر العقارى : المادة ٧٤٣ اولا من التقنين الضريبى العام . ولكنه يخضع للضريبة على الايجارات بسعر ٢,٥ ٪ من القيمة الايجارية للارض .

خاصة من اجل ضمان ذيوع نشاط التأجير التمويلي العقارى وازدهاره . فقد اعفى هذه الشركات من الخضوع لضريبة الشركات ، كما قرر لها مزايا ضريبية خاصة تتعلق بتقديم الحصص وتوزيع عوائدها على الشركاء فيها . وقد سبق لنا العرض لهذه المزايا. وبالاضافة الى ذلك رأينا ان نشرة وزير الاقتصاد والمالية لعام ١٩٦٨ اختزلت مدد الاهلاك الضريبي للمبانى التى تؤجرها الشركات العقارية للتجارة والصناعة .

١٦٠ - اما فيما يتعلق بفرض الضريبة على التصرفات العقارية فتنص المادة السادسة بند هـ من لائحة ١٩٦٧ على ان الضريبة على المعاوضات العقارية المنصوص عليها فى المادة ٧٢١من التقنين الضريبى العام تسرى فى حالة اكتساب المستفيد لملكية العقار تطبيقا لعقد من عقود التأجير التمويلى بواقع نسبة تخفض الى ٤٠ر١ ٪ .

ولا تشمل قيمة الضريبة المخفضة الضرائب المحلية المستحقة ، لذلك فإنه فى واقع الامر تم تخفيض قيمة الضريبة من ٦ر١٦ ٪ الى ٢ر٤ ٪ وقت صدور اللائحة والى ٨ر٤ ٪ حاليا [١] . وتحسب قيمة الضريبة من واقع الثمن المتفق عليه لتملك المستفيد للعقار وليس على اساس قيمته المتبقية كما تسجلها حسابات شركة التأجير التمويلى وقت انتقال الملكية الى المستفيد [٢] .

ولا يسرى هذا الحكم الضريبى الخاص الا على انتقال ملكية العقار الى المستفيد . اما اكتساب شركة التأجير التمويلى للملكية فيخضع للقواعد الضريبية العامة . ومع ذلك لا يتحقق اكتساب الشركة للملكية فى اطار التأجير التمويلى اللاحق من شخص ثالث يكون أجنبيا عن عقد التأجير التمويلى وانما تكتسب الشركة الملكية من المستفيد ذاته . ولذلك اذا كان تملك الشركة للعقار من الغير يمثل تداولا حقيقيا للثروة العقارية يبرر خضوع الصفقة للضرائب على التصرفات العقارية فإن اكتساب الملكية فى اطار التأجير التمويلى اللاحق لا ينم الا عن دور الضمان المحض

---

(١) GOREet JADAUD, Op.Cit ., P.148 No. 140 . LEQUIN, Op .Cit., P.34. BOSC,op. cit., P.15.

(٢) BEY : Jurisclasseur Banque et Crédit, Op .Cit .,Fasc ,651, N0 .83 . GORE et JADAUD,op. cit., P.148 No.140 .LEQUIN,Op.Cit., P.34.

الذى تلعبه الملكية ولا يمثل الامر تداولا حقيقيا للثروة العقارية . ولم ير المشرع الفرنسى والحال هذه جدوى من خضوع اكتساب الشركة لملكية العقار للضريبة على التصرفات العقارية ونصت المادة السادسة فقرة ثانية من لائحة ١٩٦٧ على ان الضريبة لا تكون مستحقة فى حالة اكتساب الشركة العقارية للتجارة والصناعة ملكية عقار الذى يعقبه على الفور تمكين البائع من الانتفاع به بموجب عقد من عقود التأجير التمويلى .

وبالرغم من نص لائحة ١٩٦٧ على عدم استحقاق الضريبة فى حالة اكتساب الشركة ملكية العقار فى اطار تأجير تمويلى لاحق لم تشأ السلطات العامة ترك الامر دون آثار مالية تفيد منها الخزانة العامة . فقد تضمنت نشرة وزير الاقتصاد والمالية لعام ١٩٧٨ نصا بموجبه يستبدل رسما ثابتا قيمته مائة وثمانين فرنكا بقيمة الضريبة على التصرفات العقارية النسبية [١] . ويلاحظ فوق ذلك انه منذ ١٩٦٨ تستبدل الضريبة على القيمة المضافة بالضريبة على التصرفات العقارية اذا لم يمض على بناء العقار خمس سنوات ، وهو فرض يكثر حدوثه فى عمليات التأجير التمويلى اللاحق ويترتب عليه خضوع اكتساب ملكية الشركة المؤجرة للعقار لهذه الضريبة [٢] . ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٦٩ - ١١٦٨ بتاريخ ٢٦ ديسمبر ١٩٦٩ وبموجبه لا تستحق الضريبة على التصرفات العقارية عند اكتساب شركة التأجير التمويلى ملكية العقار من المستفيد فى بدء العملية ويستبدل بها رسم نسبى قدره ٠,٦ ٪ من ثمن التملك [٣] .

ويتضح من ذلك ان عمليات التأجير التمويلى اللاحق لا تحظى بذات الاهتمام من قبل السلطات العامة اذا ما قورن بالتأجير التمويلى العقارى . ونذكر فى هذا الصدد بالقيد الذى تم فرضه على الشركات العقارية للتجارة والصناعة من حيث حجم عمليات التأجير التمويلى اللاحق التى يجوزلها القيام بها .

١٦١ - لا شك ان تكلفة التمويل انخفضت بشكل ملحوظ على اثر تمتع

---

(١) البند رقم ٤٦ من النشرة . انظر فى ذلك : PACE: Pratique.., Op .Cit ., P . F1

(٢) GIOVANOLI,Op .Cit , P.136 No .105 .

(٣) المادة الثالثة فقرة II بند خامسا (أ) من القانون .

الشركات العقارية للتجارة والصناعة بهذه المزايا الضريبية ، ولقد كان لذلك اثره البالغ في ازدهار نشاط التأجير التمويلى العقارى[1] .

ولكن يلاحظ على هذه الاحكام الضريبية الخاصة ان من شأنها جعل المعاملة الضريبية فى حالة التأجير التمويلى العقارى مقارباً للمعاملة التى يحظى بها شراء احد العقارات بواسطة نقود تم اقتراضها . ففى هذه الحالة الاخيرة لا نكون سوى بصدد انتقال واحد للملكية من البائع الى المشترى – المقترض . اما التأجير التمويلى العقارى يكون مؤداه ، اذا ترك امره للقواعد الضريبية العامة، ازدواج نقل الملكية وهو ما يفضى الى فرض الضريبة على التصرفات العقارية او ماقد يقوم مقامها مرتين : الاولى عند اكتساب شركة التأجير التمويلى لملكية العقار والثانية عند انتقال ملكيتة الى المستفيد .

ولذلك لا يمكن القول بان المشرع الفرنسى منح مزايا ضريبية حقيقية من شأنها تشجيع اللجوء الى ابرام عقود التأجير التمويلى العقارى وتفضيله على اللجوء الى الاقتراض المصرفى . كل ما فى الامر ان المشرع ازال بعضا من العوامل التى كانت تفضى الى فداحة تكلفة التمويل فى حالة اللجوء الى التأجير التمويلى العقارى اذ لم يعد هناك ما يعوق ذلك . لكن التأجير التمويلى العقارى ليس بديلا عن الاقتراض لأجل شراء العقار او تمويل بنائه بل هو سبيل يلجأ اليه فى حالة تعذر الحصول على الائتمان المصرفى فى أغلب الأحوال . ومع ذلك فمن الوجهة الضريبية لم يعد التأجير التمويلى العقارى يتميز باعباء مالية تتجاوز تلك التى تنشأ عن غيره من سبل التمويل .

١٦٢ – باستعرض النظام الضريبى للتأجير التمويلى يتضح لنا ان جل احكامه تدور حول الاعتداد بالطبيعة الايجارية للعلاقة القانونية التى تنشأ بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد . فبوصف هذا الاخير مستأجرا يستطيع خصم كامل اقساط الاجرة من وعائه الضريبى . الا ان الطابع المالى للتأجير التمويلى يفرض نفسه من زاويتين : من جانب ضرورة اضافة فائض القيمة الذى ينتج عن انتقال ملكية العقار الى المستفيد الى وعائه الضريبى عن السنة المالية التى يتحقق خلالها انتقال الملكية ، وذلك بالنظر

---

(١) فى هذا المعنى : GIOVANOLI ,Op .Cit ., P . 143 No. 178 .

الى طبيعة الارض وهى من الاموال غير القابلة للاهلاك الضريبى . ومن جانب آخر عدم جواز خصم الشق المقابل لأصل رأس المال من الوعاء الضريبى للمستفيد اذا كان العقد واردا على محل تجارى او محل حرفى حيث ان المحال من الاموال التى لا يجوز ايضا اهلاكها ضريبيا . وبعبارة أخرى تقف حدود الميزة التى يتمتع بها المستفيد من واقع تكييف الاقساط التى يوفى بها على انها اجرة عند حدود عدم جواز اهلاك مال لا يجوز طبقا للقواعد العامة اهلاكه ضريبيا .

واذا قيل ان خصم اقساط الاجرة يمثل ميزة للتأجير التمويلى اذا ما قورن بالاقتراض لأجل الشراء فإن ذلك القول لا يكون صحيحا الا بالنظر الى ارتفاع قيمة الاجرة الاجمالية بالمقارنة للاعباء المالية التى ترتبها سبل التمويل التقليدية ، وبالتالى لا تكون للميزة الضريبية دلالة قطعية على ارتفاع تكلفة التمويل التقليدى بالمقارنة لتكلفة التمويل فى حالة اللجوء الى ابرام عقد من عقود التأجير التمويلى .

وبالنظر الى الطبيعة الايجارية لعقد التـــأجير التمويلى تستطيع شركة التأجير التمويلى خصم مخصصات الاهلاك من وعائها الضريبى ، مما يخفف من اعبائها الضريبية من جانب ويسمح لها بتكوين احتياطيات كامنة من واقع ممارستها اهلاك ضريبى واهلاك مالى بمعدلات مختلفة .

كذلك فإن الاعتداد بالتصوير القانونى المتقدم تفرض الضرائب غير المباشرة على تداول الثروة فى اطار عمليات التأجير التمويلى . ولم يتدخل المشرع الفرنسى الا فى الحدود التى يمكن ان يتحقق فيها انخفاض لتكلفة التمويل دون ادنى مساس بالمصالح المالية للشركات المؤجرة . ولا شك ان المستفيد يفيد من انخفاض تكلفة التمويل ولكن الامر لا يعدو ازالة الآثار مالية السلبية الناجمة عن فرض الضرائب غير المباشرة على التأجير التمويلى بالمقارنة لسبل التمويل الاخرى . وهذه الآثار لم تنشأ فى حقيقة الامر الابسبب تملك شركة التأجير التمويلى للأصل المؤجر ، ويصعب فى الواقع تحميل المستفيد كافة الآثار السلبية الناشئة عن ذلك فى حين ان الشركة المؤجرة لا تكتسب ملكية الاصل الا لتحقيق مصلحة خالصة لها وهى التمتع بضمان فعال ضد خطر اعسار المستفيد. ومع ذلك فقد كان الرائد الجوهرى من

تدخل السلطات العامة هو توفير المناخ الملائم لازدهار نشاط التأجير التمويلى ، وهو ما كان ضروريا بالنسبة الى التأجير التمويلى العقارى ومندوبا بالنسبة الى التأجير التمويلى للمنقولات ، وذلك بالنظر الى تفاوت الآثار السلبية الناجمة عن فرض الضريبة على التصرفات العقارية وتلك الناجمة عن فرض الضريبة على القيمة المضافة .

١٦٣ - وفى هذه المرحلة من دراستنا للاطار التنظيمى لنشاط التأجير التمويلى فى فرنسا رأينا ان الطابع المالى لهذا النشاط كان الضابط المميز لتحديد النظام القانونى لمنشآت التأجير التمويلى ، فى حين انه على صعيد النظام الضريبى كان الوقوف على طابعة الايجارى محور المعاملة الضريبية لهذا النشاط .

ومن هنا يبرز لنا اول مظهر من مظاهر الانفصام التشريعى بين الطابع المالى للتأجير التمويلى وطابعه الايجارى . ويتبقى امامنا استعراض النظام القانونى لشهر عقود التأجير التمويلى حتى يتسنى لنا الوقوف على طابع هذا النشاط الذى يعتد به المشرع الفرنسى فى هذا الصدد .

المبحث الثالث

النظام القانوني لشهر عقود التأجير التمويلي

١٦٤ - مؤدى التأجير التمويلى ان يكون الانتفاع بالاصل واستغلاله من الوجهة الاقتصادية مقررا للمستفيد فى حين تحتفظ شركة التأجير التمويلى بملكيته طوال مدة الاتفاق .

وينشأ عن حيازة المستفيد للاصل وضع ظاهر يوحى للغير بملكية المستفيد له، فيعول على اعتباره عنصرا من الضمان العام للدائنين المقرر لهم فى ذمة المستفيد . ومن شأن ذلك خلق حالة يسار ظاهر للمستفيد [1] ، تزداد عواقبه اذا كان الاصل المؤجر

(١) GOYET, op.cit., P.70 N0.128. CAPORALE,op.cit., P. 238. BAKOUKA op.cit., P.68.OUERDRAOGO, op.cit., P.254.BEY: De la publicité..., op.cit., No.12 .GAVALDA et STOUFFLET : Droit de la banque, op.cit., P .655 No. 491 ter .

من العناصر القيمية الهامة التى يعول عليها الغير لمنح ائتمانه الى المستفيد [1]

ومن جانب آخر لا يستطيع المستفيد قيد الاصل فى جانب الاصول فى حسابات مشروعه لأنه لا يملكه ولا يظهر بالتالى ادنى قيد فى جانب الخصوم يقابل قيد الاصل فى جانب الاصول . ومع ذلك كان المستفيد يسجل كافة الاعباء المالية الناشئة عن عقد التأجير التمويلى فى حساب الاستغلال العام ، حتى يتمكن من خصمها من وعائه الضريبى [2]. ولذلك من المقرر ان المستفيد يجرى قيدا لهذه الاعباء المالية ، لكنها قيود لا تظهر فى ميزانية المشروع حيث لاذكر للتأجير التمويلى لا فى جانب الاصول ولا فى جانب الخصوم [3] لذلك لم يكن الاطلاع على ميزانية المشروع ، وهو ما يعول عليه قطاع هام من الدائنين وهو البنوك [4]، يسمح بالوقوف على حقيقة الاعباء المالية التى يتحملها المستفيد . واعتبر جانب هام من الفقه ان من مزايا التأجير التمويلى « حياده » بالنظر الى فرص المستفيد فى الحصول على القروض [5] ، حيث انه لايزيد من الاعباء المالية من الوجهة المحاسبية وهو مايتم التعويل عنيه كضابط تتبناه البنوك ضمن ضوابطها العديدة لمنح الائتمان [6] .

١٦٥ - لهذه الاسباب المتقدمة اضافت المادة الثانية من لائحة ١٩٦٧ مادة جديدة لقانون ١٩٦٦ ، صارت المادة الاولى - ثالثا من هذا القانون وبموجب هذه

---

(١) Cassation commerciale 11 mai 1982, JCP 1983 II 200 74. note BEY .

(٢) CAPORALE.Op . Cit .. P 244

(٣) PACE: Economie.., Op .Cit . P. 122 .

(٤) SOLAL :Le crédit - bail immobilier . Op . Cit .. P 291

(٥) فى هذا المعنى GAUDRION ,Op .Cit . P .56

(٦) BEY : De la symbiotique ..,Op .Cit.. P.20 .CREMIEUX - ISRAEL, Op Cit . P .113 CAPORALE , Op . Cit ., P. 9. CHAMPAUD: JCP 1965, Op. Cit. No. 33 .BACHASSON. Op.Cit . P .3 N0.2. BRANDELA, Op Cit , P .23. PACE : P ratique ..Op .Cit . P. E 2 .CROIZAT , Op Cit P 3 6 . BARBE, Op. Cit , P .55 N'DIZI , Op . Cit , P 269

المادة تخضع العمليات المنصوص عليها فى المادة الاولى من القانون للشهر طبقا للاجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية التى تصدر لهذا الغرض ، على ان تتولى اللائحة المذكورة تحديد ضوابط تقرير عدم النفاذ فى مواجهة الغير كجزاء على تخلف الشهر .

وقد مضت خمس سنوات على تاريخ صدور لائحة ١٩٦٧ الى ان صدرت اللائحة رقم ٧٢ - ٦٦٥ بتاريخ ٤ يوليو ١٩٧٢ الخاصة بشهر عمليات التأجير التمويلى للمنقولات والتأجير التمويلى العقارى [1] .

وتتضمن اللائحة المذكورة احكاما خاصة بشهر عقود التأجير التمويلى ذاتها فيما اسماه الفقه الفرنسى بنظام الشهر القانونى Publicité légale . كذلك تتضمن اللائحة احكاما خاصةبقيد عمليات التأجير التمويلى فى حسابات المستفيد ، اطلق عليها الفقه الفرنسى نظام الشهر المحاسبى Publicité comptable .

ونعرض فى مطلب اول لاحكام الشهر القانونى للتأجير التمويلى ثم نعرض فى مطلب ثان لاحكام الشهر المحاسبى .

المطلب الاول

نظام الشهر القانوني للتأجير التمويلي

١٦٦ - ينشأ عن التأجير التمويلى وضع ظاهر يوحى للغير بملكية المستفيد للأصل ، ولقد جاءت احكام لائحة ١٩٦٧ واحكام لائحة ١٩٧٢ لتفادى الآثار السلبية الناجمة عن هذا الوضع . ولكن قبل تناول هذه الاحكام بالدراسة يجب تحديد ماهية الآثار السلبية المشار اليه من جانب والى اى مدى استطاعت عقود التأجير التمويلى تفاديها من جانب آخر ، وذلك حتى يتسنى لنا الوقوف على الجدوى من

---

(١) Journal Officiel,4 juillet 1972, P.7457. Dalloz 1972 Lègislation 416.
وقد تم تعديل بعض احكامها بموجب اللائحة رقم ٨٣ -١٠٢٠ بتاريخ ٢٩نوفمبر١٩٨٣

ارساء نظام قانونى لشهر عقود التأجير التمويلى .

اولا : اهمية النظام القانونى لشهر عقود التأجير التمويلى :

أ) الآثار السلبية لانعدام الشهر :

١٦٧ - **لاشك ان انعدام** كل شهر لعقد التأجير التمويلى يضر بمصالح الغير ممن يتعاملون مع المستفيد ، اذ يقع الغير فى غلط حول يسار المستفيد اذا اعتبر الاصل المؤجر ، منقولا اكان اوعقارا ، عنصرا من العناصر الايجابية لذمته المالية والتى يتشكل منها الضمان العام لدائنيه .

وكان مراد المشرع الفرنسى عند ارساء نظام الشهر القانونى لعقود التأجير التمويلى حماية مصالح الغير عن طريق رد الوضع الظاهر الناجم عن حيازة المستفيد للاصل ورفع الغلط حول حقيقة يساره [1]. ذلك انه عن طريق اشهار عقد التأجير التمويلى بعلم الكافة بملكية شركة التأجير التمويلى للاصل وحقيقة الطابع المادى والعرضى لحيازة المستفيد له [2] . ويبرر توفير هذه الحماية ما يكون لقيمة الاصل من أثر بالغ فى تحديد يسار المستفيد خاصة فى مجال تأجير العقارات تأجيرا تمويليا [3] .

ويزيد من اهمية خضوع عقود التأجير التمويلى للشهر ابرام عقود التأجير التمويلى اللاحق ، حيث ان المستفيد يكون مالكا للأصل ابتداء ثم يقوم ببيعه الى شركة التأجير التمويلى ويحتفظ بحيازته على سبيل الايجار . وفى هذه الحالة لا يكون فى مقدور الغير تبين تحول حيازة المستفيد للأصل من حيازة قانونية الى مجرد حيازة مادية ، مع مايترتب على ذلك من انتقاص للضمان العام للدائنين اذ لم يعد الاصل مملوكا للمستفيد[4].

---

(١) BEY: JCP 1974 II17640, note sous Cour d'appel de Montpellier , 2° chambre 20 novembre 1973.

(٢) BACHASSON,Op.Cit, P.332 No 352.

(٣) Cassation commerciale ,11mai 1982, jCP1983 II20074, note BEY.

(٤) OHL, op.cit., P.102.

لذلك لايثور ادنى شك حول وجود مصلحة للغير فى اشهار عقود التأجير التمويلى [١] .

١٦٨ - ومن جانب آخر كثيرا ما يأخذ القضاء بالاوضاع الظاهرة عندما يثور النزاع بين مالك الاصل الحقيقى ودائنى حائز هذا الاصل ، اذ بينما يطالب الاول باسترداده يتمسك الآخرون بالتنفيذ عليه باعتباره عنصرا من عناصر الضمان العام المقرر لهم على ذمة مدينهم .ويلاحظ ان الاتجاه العام للقضاء الفرنسى هو نحو ترجيح الاوضاع الظاهرة فى مجال شهر الافلاس. ففى حالة شهر افلاس الحائز غالبا ما يعتد بالوضع الظاهر الذى يفضى الى اعتبار المال ضمن اموال التفليسة مرجحا مصلحة جماعة الدائنين على مصلحة المالك الحقيقى [٢] .

ولأن ملكية الاصل تمثل بالنسبة الى شركة التأجير التمويلى الضمان الجوهرى الذى تتمتع به ضد مخاطر إعسار المستفيد ، فإنها لا يمكنها قبول تحمل خطر اتجاه القضاء المتقدم الى تقرير عدم نفاذ ملكيتها فى مواجهة دائنى المستفيد وبصفة خاصة فى حالة شهر افلاسه [٣] . لذلك يكون فى اشهار عقد التأجير التمويلى ما يوفر لها الحماية الواجبة لمصالحها اذ يكون حق الملكية المقرر لها نافذا فى مواجهة الكافة .

١٦٩ - اما بالنسبة الى المستفيد فإن شهر عقد التأجير التمويلى لا يضره فى شئ . فالأصل المؤجر غير مملوك له ، وبالتالى لا يستطيع التمسك به كعنصر من عناصر ذمته المالية ولا يكون تنظيم الشهر القانونى الا تحقيقا للتوازن المقبول عدالة بين مصالح شركة التأجير التمويلى ومصالح الغير ممن يتعاملون مع المستفيد .

واذا قيل انه من صالح المستفيد اعمال نظرية الظاهر اذ يمكن لدائنيه التنفيذ على الاصل المؤجر استيفاء للديون التى تشغل ذمته ،الا ان الامر لا يعفيه من المسئولية

---

(١) GAVALDA. op. cit., 2° cahier, No .58 .

(٢) RIPERT et ROBLOT: Traitè élémentaire de droit commercial , LGDJ, Paris Tome 2, 9° èditiom 1981 . P .314 No. 3144 .

(٣) ZAMPOU, op. cit., P . 47 .

فى مواجهة شركة التأجير التمويلى التى تجعل المستفيد ضامنا لكل تعرض من قبل الغير يمس بحق الملكية المقرر لها .

بل على عكس ذلك يفيد المستفيد فى واقع الامر بشهر عقد التأجير التمويلى فى حالة تصرف شركة التأجير التمويلى فى الأصل المؤجر . ففى حالة الاشهار يكون العقد نافذا فى مواجهة الكافة ومن بينهم مشترى الاصل ، ويستطيع المستفيد بالتالى التمسك بالاتفاق وما ينشأ له عنه من حقوق فى مواجهة المشترى [١] . وجدير بالاشارة فى هذا الصدد ان المادة الثانية من لائحة ١٩٦٧ اضافت مادة جديدة الى قانون ١٩٦٦ ، المادة الاولى – اولامن القانون ، وبمقتضاها يكون المتصرف اليه مسئولا عن كافة الالتزامات الناشئة عن عقد التأجير التمويلى وذلك طوال مدة العقد . وتبقى شركة التأجير التمويلى التى تصرفت فى الاصل ضامنه لتنفيذ المتصرف اليه لهذه الالتزامات [٢] .

لاشك اذن ان لنظام الشهر اهميته بالنظر الى مختلف المصالح التى ترتبط بعقود التأجير التمويلى ، سواء تمثلت فى مصلحة الغير ممن يتعاملون مع المستفيد او مصلحة شركة التأجير التمويلى او مصلحة المستفيد .

ب) مدى فعالية احكام الشهر الاتفاقية :

١٧٠ – كانت عقود التأجير التمويلى فى اول الامر تضع على عاتق المستفيد التزامين يتحقق من وراء تنفيذهما اعلام الغير بملكية شركة التأجير التمويلى للأصل المؤجر . ويتمثل الالتزام الاول فى وضع لوحة معدنية على الاصل تفيد ملكية الشركة المؤجرة له ، بينما يتمثل الالتزام الثانى فى وجوب اخطار مؤجر العقار بملكية الشركة للمنقول المؤجر تأجيرا تمويليا .

---

(١) SOLAL: Crédit-bail, Actualités Juridiques et Propriété Immobilière, note sous Cour de cassation , chambre commerciale , 16 dècembre 1975 , Janvier 1977 , P . 31 .

(٢) انظر فى ذلك : BAKOUKA, op. cit., P95 . BALME , op. cit., GIOVANOLI, op. cit., P 427 No. 530. LEQ UIN, op. cit., p. 83.

(١) الالتزام بوضع اللوحة المعدنية :

١٧١ - يلتزم المستفيد بموجب عقد التأجير التمويلى بوضع لوحة معدنية تظل ثابتة على المنقول المؤجر اوعند المدخل الرئيسى للعقار المؤجر . ويجب تدوين مايفيد ملكية شركة التأجير التمويلى للمنقول او العقار وان المستفيد لا يحوزه الابوصفه مستأجرا له [١] . ويتحمل المستفيد كافة النفقات التى تنشأ عن وضع اللوحة المذكورة، كما يجب ان يحافظ المستفيد عليها بحيث تبدو قراءتها ممكنة طوال مدة العقد .

وحيث ان القضاء يقر لمؤجر الاصل باسترداده من تفليسة المستأجر يمكن اعمال هذا الحق نظرا لعلم دائنى المستفيد بحق شركة التأجير التمويلى المقرر على الاصل من خلال الاطلاع على اللوحة المعدنية الثابتة فيه .

١٧٢ - ولقد اشار العديد من الكتاب الى عدم فعالية هذه الوسيلة لاشهار ملكية شركة التأجير التمويلى للاصل [٢] ، ذلك ان المستفيد قد يخل بالتزامه بوضع اللوحة المعدنية بامتناعه عن وضعها اصلا او بنزعها بعد وضعها على الاصل . فلو ان العقد وارد على منقول مادى لن يحول ذلك دون تمسك المشترى بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، فضلا عن امكانية توقيع الحجز التنفيذى على الاصل دون ان يكون قد سبق للدائن الحاجز رؤية الاصل او دون ان يتمكن من قراءة البيانات الثابتة فى اللوحة المعدنية [٣] .

ويضاف الى ذلك ان القضاء لا يعول كثيرا على وضع لوحة معدنية على

---

(١) CAPORALE, op. cit., P .241 . CABRILLAC. op. cit., No. 78 . N'DIZI, op. cit., P. 181.BACHASSON,op. cit., P .281 No.300 .

(٢) LELOUP . JCP 1965 II14331 bis , note précitée .N' DIZI, op. cit., P.181 . DE CAGNY, op. cit., novembre 1979 P .1022 . DERRUPPE : Droit commercial , op. cit., P. 279 .

(٣) وتجدر الاشارة فى هذا الصدد الى وجوب عدم التعويل على سوء نيه المستفيد فى التصرف فى الاصل المؤجر . ذلك انه يرتبط بشركة التأجير التمويلى بموجب عقد من عقود الامانة وهو عقد الايجار فيكون معرضا لعقوبة خيانه الامانة المقررة بالمادة ٤٠٨ من تقنين العقوبات الفرنسى .

الاصل المؤجر ، سواء ايجابا او سلبا : فمن المحاكم ما اجازت لشركة التأجير التمويلى باسترداد الاصل رغم غياب كل بيان عليه يفيد ملكيتها [١]، بينما لم تجز بعض المحاكم الاخرى للشركة باسترداد الاصل بالرغم من وجود اللوحة التى تفيد ملكيتها له واطلاع الغير عليها [٢].

(٢) الالتزم باخطار مؤجر العقار :

١٧٣ - يكون لمؤجر العقار امتياز على المنقولات التى تشغل العين المؤجرة ضمانا لاستيفاء الاجرة [٣] . وقد تخشى شركة التأجير التمويلى ان يشمل امتياز مؤجر العقار المنقول المملوك لها والذى ينتفع به المستفيد المستأجر للعقار ، لذلك لا تثور اهمية اخطار مؤجر العقار بملكية شركة التأجير التمويلى للأصل الا بصدد عقود التأجير التمويلى للمنقولات .

وطبقا للقواعد العامة لايشمل امتياز مؤجر العقار فقط تلك المنقولات التى تكون مملوكة للمستأجر بل يشمل كافة المنقولات التى تشغل العين المؤجرة شريطة الا يعلم المؤجر بتعلق حق للغير على المنقول وقت وضعه فى العين المؤجرة [٤].

ولذلك وحتى تتفادى شركة التأجير التمويلى شمول الحجز التنفيذى الذى يوقعه مؤجر العقار للأصل المملوك لها والمؤجر الى المستفيد تلزم هذا الاخير بموجب اتفاق صريح فى العقد باعلان مؤجر العقار بملكيه الشركة للمنقول بعد تمام ابرام

---

(١) Tribunal de commerce de La Rochelle, 6 juin 1964 , JCP 1965 II 14431 bis , note LEOUP .

(٢) انظر الأحكام المشاراليها فى المرجع الأتى :
DEGAND : Financement des équipements de l' industrie, du commerce et des professions libérales par le crèdit à moyen terme et le leasing, Editions d'organisation, Paris - Bruxelles,1965, P62 et s.

(٣) المادة ٢١٠٢ فقرة اولى من التقنين المدنى الفرنسى .

(٤) Cassation civile , 1° chambre, 12 mai 1970, Dalloz 1970, Informations Rapides 43.

العقد واستلام المستفيد للمنقول

ولا يحول هذا الالتزام الملقى على عاتق المستفيد دون ان تتولى شركة التأجير التمويلي بنفسها اخطار مؤجر العقار بملكيتها للمنقول . ومع ذلك تحرص الشركة على الزام المستفيد بذلك لأنه من جانب اسبق فى معرفة المؤجرين المتعاقبين فيستطيع اعلان كل مؤجر بالامر ، ومن جانب آخر حتى يتحمل المستفيد تبعات تنفيذ مؤجر العقار على الأصل المؤجر وذلك فى مواجهة شركة التأجير التمويلي (٢) . ومع ذلك لا يخلو الامر من المخاطر بالنظر الى مصلحة شركة التأجير التمويلي اذا ما كان استرداد المنقول اجدى من الرجوع على المستفيد بالتعويض . اما اذاكان عقد التأجير التمويلي مشهرا وصارت ملكية الشركة للمنقول نافذة فى مواجهة الكافةومن بينهم مؤجر العقار ، لن يشمل امتياز المؤجر المنقول المملوك لها ولن تخشى اخلال المستفيد بالتزامه باخطار مؤجر العقار .

ثانيا : احكام الشهر القانونى لعقود التأجير التمويلي :

١٧٤ - ذكرنا من قبل ان لائحة ١٩٦٧ ارست مبدأ اشهار عقود التأجير التمويلي ، واحالت امر تنظيمه الى اللائحة التنفيذية التى صدرت بالفعل فى تاريخ ٤ يوليو ١٩٧٢ .

ولقد ميزت اللائحة المذكورة بين شهر عقود التأجير التمويلي للمنقولات وشهر عقود التأجير التمويلي العقارى . ذلك ان نظام الشهر العقارى بوجه عام نظام قديم يتمتع بقواعده المستقرة ، ويكفى فى شأن اشهار عقود التأجير التمويلي العقارى الاحالة اليها ، فى حين ان التصرفات القانونية الواردة على المنقولات لا تخضع كأصل عام للشهر مما استلزم سن قواعد خاصة بشهر عقود التـأجير التمويلي .

ولقد اثارت احكام الشهر القانونى الواردة فى لائحة ١٩٧٢ ردود فعل عنيفة

---

(١) BACHASSON, op. cit., P . 281 No . 300 .CREMIEUX - ISRAEL,op. cit., P.32. CABRILLAC , op. cit., No. 74 .

(٢) LELOUP : JCP 1965 II 14331 bis , note précitée .

من قبل شركات التأجير التمويلي ، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بالجزاء المترتب على تخلف شهر عقود التأجير التمويلي للمنقولات . ونظرا لأهمية هذه الاشكالات التي اثارها تطبيق لائحة ١٩٧٢ نعرض لتفصيلاتها في اعقاب العرض لاجراءات شهر عقود التأجير التمويلي . الا ان حسن العرض لهذه الاحكام يتطلب منا اول الامر تحديد نطاق تطبيق لائحة الرابع من يوليو ١٩٧٢ .

أ) نطاق تطبيق لائحة ٤ يوليو ١٩٧٢ :

١٧٥ - صدرت لائحة ١٩٧٢ تطبيقا للمادة الاولى - ثالثا من قانون ١٩٦٦ التي اضافتها لائحة ١٩٦٧ . وبالرغم من الربط العضوي بين المسائل التي يحكمها قانون ١٩٦٦ وتلك التي تحكمها لائحة ١٩٧٢ الا انه ثار الخلاف حول تحديد سريان أحكام لائحة ١٩٧٢ من حيث الموضوع .

ومن جانب آخر صدرت اللائحة المذكورة بعد خمس سنوات الا قليل من تاريخ ارساء مبدأ شهر عقود التأجير التمويلي ، فثار التساؤل حول سريان احكامها من حيث الزمان .

(١) سريان لائحة ١٩٧٢ من حيث الموضوع :

١٧٦ - طبقا للمادة الاولى - ثالثا من قانون ١٩٦٦ تخضع العمليات المشار اليه اعلاه في المادة الاولى من القانون للشهر ، على ان تتولى لائحة تنفيذية تصدر لهذا الغرض تحديد اجراءاته . وعند صدور لائحة ١٩٧٢ اكدت مادته الاولى هذا المعنى اذ نصت على ان العمليات المشار اليه في المادة الاولى من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ المعدل تخضع للشهر على نحو يسمح بتعيين الاطراف والاموال التي تكون محلا لهذه العمليات .

ويتضح من ذلك ان العمليات التي تخضع للشهر هي عمليات التأجير التمويلي التي تتوافر فيها العناصر المنصوص عليها في تعريفها التشريعي . وبالتالي تخضع عقود التأجير التمويلي للمنقولات وعقود التأجير التمويلي العقاري وما يلحق بهما من عقود في اطار عمليات التأجير التمويلي اللاحق للشهر .

ويلاحظ ان القانون رقم ٨٦ - ١٢ الصادر بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٦ مد نطاق تطبيق قانون ١٩٦٦ الى التأجير التمويلى الوارد على المحال التجارية او المحال الحرفية [١]. ويترتب على ذلك خضوع العقود المشار اليها لأحكام الشهر التى تتضمنها لائحة ١٩٧٢ . وحيث ان هذه المادة تميز بين اجراءات الشهر فى مواد المنقولات واجراءات الشهر فى المواد العقارية فإن شهر عقود التأجير التمويلى الواردة على المحال التجارية او المحال الحرفية يخضع لاجراءات الشهر فى مواد المنقولات لأن المحل التجارى او المحل الحرفى يعد من المنقولات المعنوية .

وبمفهوم مخالفة هذا النص لا تخضع العمليات التى لاتعد من قبيل التأجير التمويلى فى مفهوم قانون ١٩٦٦ لأحكام الشهر. فالعقود التى ترد على غير المعدات الانتاجية او التى ترد على عقارات لا تكون مخصصة لأغراض امتهانية لا يلزم شهرها ، وكذلك عمليات التأجير التقليدية التى قد تقوم بها الشركات العقارية للتجارة والصناعة.

١٧٧ - ومع ذلك ثار الخلاف حول تحديد المقصود بعمليات التأجير التمويلى الخاضعة لأحكام الشهر . ففى اول الامر ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ان المقصود بهذه العمليات تلك التى تقوم بها منشآت التأجير التمويلى على وجه الاعتياد ، وذلك على اعتبار ان قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ اتى بصفة اساسية لتحديد النظام القانونى لهذه المنشآت ، ونص على خضوع المنشآت التى تزاول عمليات التأجير التمويلى على وجه الاعتياد لأحكام قوانين البنوك والمؤسسات المالية . ويترتب على ذلك ان التأجير التمويلى الذى تسرى عليه احكام قانون ١٩٦٦ واللوائح المكملة لأحكامه هو ذلك الذى تقوم به شركات التأجير التمويلى على وجه الاعتياد [٢] . وقد تبعها فى ذلك جانب من الفقه واستبعد من نطاق الالتزام بالشهر ليس فقط العمليات « المبتسرة » اى تلك التى لا تتوافر فيها خصائص التأجير التمويلى وفقا لمفهومه التشريعى وانما ايضا

---

(١) المادة الثالثة من قانون ١٩٨٦ .

(٢) Cassation commerciale, 20 février 1973,JCP1974 II17764,note Bey.

العمليات « الهامشية » اى تلك التى لا تقوم بها منشآت التأجير التمويلى على وجه الاعتياد [1] .

الا ان محكمة النقض الفرنسية عدلت عن موقفها المتقدم ، اذ ذهبت الى ان جميع العقود التى تتوافر فيها خصائص التأجير التمويلى بمفهومه التشريعى يجب اشهارها ، بغض النظر عما اذا كان العقد تعبيرا عن نشاط يتم على وجه الاعتياد او اذا تم ابرامه بصفة عرضية اوهامشية [2] . وقد وجد هذا الاتجاه الجديد للمحكمة العليا انصارا له فى الفقه الفرنسى [3] .

ولا يسعنا من جانبنا الا ترجيح صحة الاتجاه الاول ، ذلك ان لائحة ١٩٧٢ صدرت تنفيذا لقانون ١٩٦٦ وتلزم مادتها الثانية منشأة التأجير التمويلى بطلب اجراء الشهر . فالمقصود اذن بالمنشأة تلك التى نص عليها قانون ١٩٦٦ ، وقد وصفها هذا القانون الأخير بالمنشآت التى تزاول عمليات التأجير التمويلى بمفهومه التشريعى على وجه الاعتياد . ومؤدى ذلك ان المنشأة التى تقوم بعملية تأجير تمويلى على نحو عرضى لا تكتسب وصف منشأة التأجير التمويلى وبالتالى لا تكون ملزمة باشهار العقد.

خلاصة القول اذن وجوب اشهار عقود التأجير التمويلى بمفهومه التشريعى والتى تقوم بها منشآت التأجير التمويلى على وجه الاعتياد .

(٢) سريان لائحة ١٩٧٢ من حيث الزمان :

١٧٨ - لم تكن منشآت التأجير التمويلى تخضع لأى حكم قانونى خاص الى ان صدرقانون ١٩٦٦ . لكن القانون المتقدم لم يلزم هذه الشركات بشهر العقود . وقد ارسى المشرع الفرنسى مبدأ الشهر عند اصداره لائحة ١٩٦٧ وعلق وضعه موضع التنفيذ على صدور اللائحة التنفيذية التى لم تصدر الا فى الرابع من يوليو ١٩٧٢ ، أى بعد ما يقرب من خمس سنوات على صدور لائحة ١٩٦٧ . وقد ترتب على ذلك أنه فى تاريخ نفاذ لائحة ١٩٧٢ كانت هناك عقود سبق ابرامها قبل هذا التاريخ

---

(١) BEY : JCP. 1977 II 18669 , note sous Cassation commerciale , 13 avril 1976 .

(٢) Cassation commerciale , 16 décembre 1975 , Actualités Juridiques et Propriété Immobiliére, janvier 1977 , note SOLAL, P.33 .

(٣) FOURNIER , Crédit-bail, Guide juridique Dalloz, 1985, p. 179: 1 à 5, No 12 .

ومازال تنفيذها جاريا عند نفاذ اللائحة .

وطبقا للمادة ١٤ من لائحة ١٩٧٢ يناط بوزير العدل ووزير الاقتصاد والمالية ، كل فى حدود اختصاصه ، بتنفيذ احكامها التى تدخل حيز النفاذ بعد شهر من تاريخ نشر القرار المنصوص عليه فى المادة التاسعة من اللائحة . والمادة المذكورة تقضى بوجوب صدور قرار مشترك من وزير العدل ووزير الاقتصاد والمالية يتحدد فيه ما يلزم تقديمه من وثائق ومستندات عند طلب اجراء الشهر ، وكيفية اجراء القيود والتعديلات الواردة عليها «وكيفية استخراج ما يفيد اجراء الشهر . وقد صدر القرار المذكور فى ذات يوم صدور لائحة ١٩٧٢ وتم نشره معها فى الجريدة الرسمية [١] . ومؤدى ذلك دخول لائحة ١٩٧٢ حيز النفاذ فى تاريخ الرابع من اغسطس ١٩٧٢ .

١٧٩ - ولا يثور ادنى شك حول وجوب اشهار عقود التأجير التمويلى التى يتم ابرامها بعد تاريخ نفاذ لائحة ١٩٧٢ اى اعتبارا من الرابع من اغسطس ١٩٧٢. الا ان الجدل قد ثار حول فرض الالتزام بالشهر على العقود التى تم ابرامها قبل هذا التاريخ ولازال يجرى تنفيذها . ويلاحظ فى هذا الصدد ان لائحة ١٩٧٢ لم تتضمن حكما يفيد سريان احكامها باثر رجعى . وبالتالى لا يكون لهذه الأحكام سوى اثر فورى فى تطبيقها من حيث الزمان .

ومع ذلك فإن تكييف العلاقة القانونية التى تنشأ بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد على انها علاقة ايجارية يجعل من عقد التأجير التمويلى عقدا مستمرا ، وبالتالى تلحقه الأحكام القانونية الجديدة مادام تنفيذه لا يزال جاريا .

وقد تأثرت احدى محاكم الاستئناف الفرنسية بهذا التحليل وقضت بوجوب شهر عقد التأجير التمويلى الذى ابرم قبل تاريخ نفاذ لائحة ١٩٧٢ ولم ينقض بعد عند تاريخ هذا النفاذ ، ورتبت على تخلف الشهر فى النزاع المعروض عليها جزاء عدم نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى للأصل المؤجر [٢] . وقد اسست حكمها المتقدم على ان العقد قد ابرم بعد تاريخ نفاذ لائحة ١٩٦٧ التى تضمنت مبدأ

---

(١) Journal Officiel, 4 Juillet 1972, P7457 .

(٢) Cour d' appel de Montpellier, 20 novembre 1973, JCP 1974 II 17640 , note BEY .

الشهر ، وان كان وضعه موضع التنفيذ متوقفا على صدور اللائحة التنفيذية الا ان شركة التأجير التمويلى كانت تعلم بالتزامها باشهار العقد ، وتكون بالتالى ملتزمة بطلب اجراء الشهر بمجرد دخول احكام لائحة ١٩٧٢ حيز النفاذ .

ويتضح من ذلك ان الحكم المشار اليه لم يعمل فى واقع الامر قواعد التنازع الزمنى للقوانين والا ماكان هناك مجال للتمييز بين العقود التى تم ابرامها قبل ١٩٦٧ وتلك التى يتم ابرامها بعد هذا التاريخ ، ففى كل الأحوال مادام العقد المبرم قبل تاريخ نفاذ لائحة ١٩٧٢ لازال تنفيذه جاريا فإنه يخضع لأحكام اللائحة بغض النظر عن تاريخ ابرامه ، اى سواء قبل تاريخ صدور لائحة ١٩٦٧ أو بعده . لكن محكمة الاستئناف اعتبرت الالتزام بالشهر التزاما ناشئا منذ صدور لائحة ١٩٦٧ ومعلقا على شرط واقف يتمثل فى صدور اللائحة التنفيذية . ومتى صدرت لائحة ١٩٧٢ تحقق الشرط الواقف وصار الالتزام بالشهر واجب التنفيذ .

ولقد واجه الحكم المتقدم هجوما عنيفا من جانب الفقه[١]. وعندما عرض الامر على محكمة النقض الفرنسية قامت بنقض هذا الحكم و قضت بانه ليس للائحة ١٩٧٢ اثر رجعى وبالتالى لايلزم شهر أى من عقود التأجير التمويلى سوى تلك العقود التى تبرم بعد تاريخ نفاذ هذه اللائحة [٢] .

وحقيقة الامر ان الرأى الذى استقرت عليه المحكمة العليا لا يتسق وإعمال الاثر المباشر للقانون على العقود المستمرة ، وهذا ما يناقض الاقرار بالطبيعة الايجارية لعقد التأجير التمويلى . ولكن اذا كان المراد من الشهر هو إنفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى فى مواجهة الكافة يصبح تخريج محكمة النقض الفرنسية مبررا : فالملكية تلعب دور الضمان لمواجهة مخاطر عدم قيام المستفيد بالوفاء بما يشغل ذمته تجاه شركة

---

(١) LUCAS DE LEYSSAC : L'obligation de publier les contrats de crédit - bail mobilier et son application dans le temps . Dalloz 1975, Chronique 23 .BEY : note précitée sous Cour d'appel de Montpellier . SOLAL, note précitée .

(٢) Cassation commerciale, 16 décembre 1975, JCP 1976 II 18407, note BEY et note SOLAL , précitée .

التأجير التمويلى ، وكأنه ملتزم بالوفاء بدين لايقبل الانقسام ولكن تنفيذه يتراخى فى الزمان . ومؤدى ذلك اعتبار عقد التأجير التمويلى عقدا فوريا فى واقع الامر ، ويكون اعمال الاثر المباشر للقوانين على العقود الفورية عدم التزام شركة التأجير التمويلى بشهر العقود التى تم ابرامها قبل تاريخ نفاذ لائحة ١٩٧٢ .

ويتوقف الأمر فى تقديرنا على تاريخ نشوء مركز الغير الذى يخول له الدفع بعدم نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى فى مواجهته . فإن كان ناشئا قبل تاريخ نفاذ لائحة ١٩٧٢ لا يجوز له الإستناد إلى أحكامها على اعتبار أن نفاذ الملكية كان مقررا فى مواجهته وقت نشوء مركزه دون حاجة إلى اشهار ، وبالتالى تكون عناصر نفاذ حق الملكية قد اكتمل تكوينها قبل نفاذ لائحة ١٩٧٢ فلا تسرى أحكامها عليها . أما إذا كان مركز الغير قد نشأ بعد تاريخ نفاذ لائحة ١٩٧٢ فإن عناصر نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى فى مواجهته لم يكتمل تكوينها بعد ولا يكتمل إلا باتباع أحكام اللائحة التى تسرى اذن على العقد المبرم . ويترتب على ذلك أنه يجوز للغير الدفع بعدم نفاذ حق الملكية فى مواجهته لتخلف شهر العقد .

ب) اجراءات شهر عقود التأجير التمويلى :

١٨٠ - ذكرنا من قبل ان لائحة ١٩٧٢ تميز بين اجراءات شهر عقود التأجير التمويلى للمنقولات واجراءات شهر عقود التأجير التمويلى العقارى ، وذلك نظرا لقدم واستقرار نظام الشهر العقارى فى حين لا تخضع التصرفات الواردة على المنقولات كأصل عام للشهر . وقد ترتب على ذلك ارساء نظام اجرائى لشهر عقود التأجير التمويلى للمنقولات والاكتفاء بالاحالة الى احكام الشهر العقارى فيما يتعلق بشهر عقود التأجير التمويلى العقارى .

(١) اجراءات شهر عقود التأجير التمويلى للمنقولات :

١٨١ - تناولت المواد من ٢ إلى ٩ من لائحة ١٩٧٢ تحديد اجراءات شهر عقود التأجير التمويلى ، ويتحقق الشهر عن طريق قيد العقد على النحو المبين فى اللائحة . ونعرض تباعا لكيفية اجراء القيد ، وتعديله ، ونفاذه ، ومحوه واخيرا نعرض للجزاء المترتب على تخلف شهر عقد التأجير التمويلى للمنقولات .

ا) اجراء القيد :

١٨٢ - طبقا للمادة الثانية من لائحة ١٩٧٢ يتم قيد البيانات المشار اليها فى المادة الاولى من اللائحة والمتعلقة بعقود التأجير التمويلى للمنقولات بناء على طلب منشأة التأجير التمويلى فى السجل المعد بذلك فى قلم كتاب المحكمة التجارية او المحكمة الإبتدائية المختصة بالفصل فى المنازعات التجارية .

ويتضح من ذلك ان الالتزام بطلب شهر عقود التأجير التمويلى للمنقولات يقع على عاتق منشأة التأجير التمويلى [١] . واذا كانت اللائحة لم تحدد ميعادا لاجراء القيد خلاله [٢] ، الا انه على ضوء احكام نفاذ القيد والجزاء المترتب على تخلف الشهر يكون من صالح منشآت التأجير التمويلى اجراء القيد فى اسرع وقت ممكن .

واذ تحيل المادة الثانية من لائحة ١٩٧٢ الى مادتها الاولى فإن محل القيد هو عقد التأجير التمويلى ذاته ، ويجب اجراء القيد على نحو يسمح بتعيين اطراف العقد من جانب وتعيين الاموال التى يرد عليها من جانب آخر [٣] .

١٨٣ - وتتحدد الجهة المختصة بالتسجيل بقلم كتاب المحكمة التجارية او المحكمة الابتدائية المختصة بالفصل فى المنازعات التجارية فى الفرض الذى لاتوجد فيه محكمة تجارية . ويترتب على ذلك ان شهر عقود التأجير التمويلى نظام قضائى فى فرنسا ، ويمكن معه اضفاء حجية قطعية على صحة البيانات الواردة فى السجل .

وتحدد المادة الثالثة من لائحة ١٩٧٢ المحكمة التى يختص قلم كتابها بمسك السجل الخاص بشهر عقود التأجير التمويلى للمنقولات من الوجهة المحلية . وتميز فى هذا الصدد بين فرضين :

الاول : هو قيد المستفيد فى السجل التجارى . ففى هذا الفرض يجب إجراء

---

(١) CREMIEUX - ISRAEL , op. cit., P. 142 . CAPORALE , op. cit., P.249

(٢) ROSSIGNOL, op. cit., No. 11. SOLAL : Le crédit - bail mobilier , op. cit., P . 289 .

(٣) GIOVANOLI , op. cit., P , 412 No. 515 . CAPORALE , op. cit., P. 259 . ROSSIGNOL, op. cit., No .35 et 36 .

القيد لدى قلم كتاب المحكمة التي يقع في دائرتها المكان الذى تم فيه قيد المستفيد فى السجل التجارى عن نشاطه الرئيسى . فلو فرضنا ان المركز الرئيسى للمستفيد يقع فى مدينة باريس وقام بابرام عقد التأجير التمويلى لشئؤن فرع له يوجد بمدينة ليون فإن قيد العقد يتم فى السجل الخاص بقلم كتاب المحكمة الباريسية المختصة ، حيث قام المستفيد بقيد اسمه عن نشاطه الرئيسى فى مكتب السجل التجارى فى باريس .

الثاني :هوعدم قيد المستفيد في السجل التجارى. وفى هذا الفرض يجب اجراء القيد لدى قلم كتاب المحكمة المختصة التى يقع فى دائرتها مركز اعمال المستفيد الذى يرتبط به تنفيذ عقد التأجير التمويلى للمنقولات . ومؤدى ذلك انه فى حالة وجود مركز رئيسى للمستفيد فى باريس وتم ابرام العقد لشئون فرع له فى ليون فإن المحكمة المختصة هى محكمة ليون وليست محكمة باريس .

ويتضمن القرار المشترك الصادر عن وزير العدل ووزير الاقتصاد والمالية فى تاريخ ٤ يوليو ١٩٧٢ الأحكام الخاصة بالوثائق والمستندات الواجب تقديمها الى قلم كتاب المحكمة المختصة والاحكام التفصيلية المتعلقة بكيفية مسك السجل الخاص المعد لشهر عقود التأجير التمويلى للمنقولات [١] .

(ب) تعديل القيد :

١٨٤ - تنص المادة الرابعة فقرة اولى من لائحة ١٩٧٢ على وجوب التأشير على هامش القيد بجميع التعديلات التى ترد عليه ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بتعيين الاطراف وتعيين الاموال التى يرد عليها العقد المشهر .

ويترتب على ذلك انه فى حالة تصرف شركة التأجير التمويلى فى المنقول المؤجر يجب التأشير بذلك على هامش قيد العقد مع تعيين شخص المتصرف اليه [٢] . كذلك فى الفرض النادر الذى تجيز فيه الشركة للمستفيد التنازل عن العقد الى الغير يجب التأشير بذلك على هامش قيد العقد مع تعيين شخص المستأجر الجديد .

---

(١) انظر فى تفاصيل هذه الاحكام مقال ROSSIGNOL سابق لاشارة اليه :
Bordereaux de publication des opérations de crédit - bail en matière mobilière .

(٢) BEY : De la publicité ..., op .cit , No .38.

١٨٥ – وتواجه الفقرة الثانية من المادة الرابعة الفرض الذى يترتب فيه على تعديل بيانات العقد تحديد الاختصاص بمسك السجل الخاص لقلم كتاب محكمة اخرى ، وذلك على ضوء مختلف الفروض التى نصت عليها المادة الثالثة من القانون .

وقد ينتج التعديل عن قيد المستفيد فى مكتب سجل تجارى آخر ، او محو قيد المستفيد من السجل التجارى ، او نقل المنقول الى فرع آخر من فروع المستفيد فى الفرض الذى لا يكون فيه مقيدا فى السجل التجارى . وقد ينتج التعديل ايضا عن تغيير شخص المستفيد فى الفروض النادرة التى تجيز فيها شركات التأجير التمويلى ذلك .

وفى كل فرض ينعقد فيه الاختصاص لقلم كتاب محكمة اخرى يجب نقل القيد الى السجل الذى يمسكه قلم الكتاب بالمحكمة التى صارت مختصة . وحيث ان شركة التأجير التمويلى هى الشخص المختص بطلب اجراء القيد الاصلى فانه يقع على عاتقها طلب نقل القيد الى المحكمة الجديدة[١] . وقد نصت لائحة ١٩٧٢ صراحة على ذلك .

(حـ) نفـاذ القيـد :

١٨٦ – طبقا للمادة الخامسة من لائحة ١٩٧٢ تكون القيود التى تجرى وفقا لاحكام المادتين الثانية والرابعة منها نافذة من تاريخ اجرائها .

ويتضح من ذلك ان القيد الاصلى او قيد التعديلات الواردة عليه ينتج آثاره من تاريخ اجرائه. وبالتالى اذا ارادت شركة التأجير التمويلى الافادة من الآثار التى تترتب على اجراء القيد فإن من صالحها الاسراع فى اجرائه ، اذ لا عبرة الا من تاريخ اجراء القيد .

ولا تشير لائحة ١٩٧٢ الى المدة التى يظل القيد منتجا لآثاره من تاريخ اجرائه . وبالتالى يكفى اجراء القيد لتحقيق الغاية من الشهر . الا انه صدر القانون رقم ٨٤ – ١٤٨ بتاريخ اول مارس ١٩٨٤ الخاص بالوقاية من مصاعب المشروعات وحلها سلميا[٢] . وبموجب المادة ٤٥ منه اضيفت مادة جديدة الى قانون ١٩٦٦ ،

---

(١) CREMIEUX - ISRAEL, op. cit., P .143 .

(٢) Journal Officiel du 2 mars 1984 .

صار المادة الاولى - رابعا وبموجبها تنقضى القيود الخاصة بعقود التأجير التمويلى للمنقولات بمضى خمس سنوات مالم يتم تجديدها .

وعلى ذلك ومنذ صدور القانون المذكور يجب على شركات التأجير التمويلى تجديد القيود المتعلقة بعقود التأجير التمويلى للمنقولات كل خمس سنوات وإلا تعرضت لجزاء عدم نفاذ ملكيتها للمنقولات المؤجرة فى مواجهة الغير . فإذا كانت الشركة هى الطرف الملتزم بطلب اجراء القيد الاصلى فإن طلب تجديده يقع على عاتقها ايضا ، اذ هى صاحبة المصلحة فى ترتيب آثار القيد . وحيث ان الجزاء المقررعلى تخلف الشهر هو عدم نفاذ حق ملكية الشركة فلا يتصور أن يختلف الجزاء على عدم تجديد القيد عن الجزاء على عدم اجراء القيد الاصلى .

وطبقا للمادة ٥٢ من اللائحة الصادرة تنفيذا لقانون ١٩٨٤ ، وهى اللائحة رقم ٨٥ - ٢٩٥ بتاريخ أول مارس ١٩٨٥ [١] ، منحت شركات التأجير التمويلى مهلة ستة أشهر تالية على تاريخ نشر اللائحة المذكورة لإجراء تجديد القيود التى مضى على اجرائها خمس سنوات أو اكثر، وكذلك فيما يتعلق بالقيود التى تنقضى فى شأنها مدة السنوات الخمسة على تاريخ اجرائها وذلك خلال الأشهر الثلاثة التالية على تاريخ نشر اللائحة [٢] .

ويلاحظ ان الحكم الذى استحدثه القانون رقم ٨٤ - ١٤٨ محدود الاثر اذ لا تتجاوز مدد عقود التأجير التمويلى للمنقولات عادة خمس سنوات . الا اننا رأينا ان مدة العقد تتوقف بصفة اساسية على مدة اهلاك المنقول ضريبيا . وهناك من المنقولات ما يتم اهلاكها على مدد تجاوز الخمس سنوات كالسفن والطائرات [٣] .

---

(١) Journal Officiel, 5 mars 1985. J C P 1985 III 56888 .

(٢) انظر فى ذلك : BEY : De l'évolution de la publicité dans le crédit - bail, Gazette du palais, 1984, Doctrine 370.

(٣) حول خصائص عقد التأجير التمويلى الوارد على سفينة اوطائرة انظر :
PAPE et RICHTER - HANNES : Nature Juridique du contrat de leasing pour les Navires, Droit Maritime Français, 1973, P. 38 7.
MICHAUX : Le "leasing" ,mode de financement dans l'Aviation civile, Revue Française de Droit Aérien , N° 3 , juillet - septembre, 1969, Doctrine 261

(ء) محـو القـيد :

١٨٧ - تنص المادة السادسة من لائحة ١٩٧٢ على انه يجب محو قيد العقد من السجل الخاص بشهر عقود التأجير التمويلى للمنقولات اما بناء على ما يفيد اتفاق الاطراف على ذلك واما بناء على حكم قضائى حاز قوة الامر المقضى به .

ويتضح من ذلك انه لا يجوز لقلم الكتاب محو القيد من تلقاء نفسه ، وانما يتم ذلك بناء على اتفاق الاطراف أو بناء على حكم قضائى .

ولا شك فى وجوب محو قيد عقد التأجير التمويلى عند انقضائه . فإذا تحقق ذلك بانقضاء مدته يتوافر رضى طرفى العقد على محو القيد . وذلك بغض النظر عن انتقال ملكية المنقول الى المستفيد اورده الى شركة التأجير التمويلى ، ولكن فى هذه الحالة قد تبغى شركة التأجير التمويلى الابقاء على قيد العقد الى ان تتصرف فى المنقول المسترد .

وفى حالة زوال العقد بالفسخ تستطيع شركة التأجير التمويلى الاستناد الى الحكم الصادر بفسخ العقد لطلب محو القيد الخاص به [١] . ويشترط المشروع ان يكون الحكم القضائى حائزا لقوة الشئ المقضى به لإمكان محو القيد حتى لا يتأثر بالغاء الحكم امام محكمة ثانى درجة .

(هـ) جزاء تخلف الشهر :

١٨٨ - الغاية من قيد عقد التأجير التمويلى للمنقولات فى السجل الخاص بقلم كتاب المحكمة المختصة تكمن فى اعلام الكافة بابرام العقد . ولذلك اجازت المادة السادسة من لائحة ١٩٧٢ لكل ذى شأن حق الحصول على صورة او مستخرج من البيانات التى تم قيدها مع الاشارة ، ان كان للأمر مقتض ، الى نقل القيد الى قلم

---

(١) اما اذا ترتب الفسخ بموجب الشرط الفاسخ الصريح فإنه يكفى اقامة شركة التأجير التمويلى الدليل على إعماله لطلب محو القيد . ويستند الطلب فى هذه الحالة الى ارادة الطرفين لأن الشرط الفاسخ الصريح يتضمنه عقد التأجير التمويلى الذى كان محلا لتراضى الطرفين .

كتاب محكمة اخرى او الى اى تعديل تم اجراؤه على البيانات الواردة فى السجل . ويحدد القرار المشترك الصادر عن وزير العدل ووزير الاقتصاد والمالية كيفية الحصول على صورة او مستخرج من البيانات .

وبذلك يستطيع الغير الوقوف على ما يكون لشركة التأجير التمويلى من حق ملكية المنقول محل عقد التأجير التمويلى المشهر ، وكذلك الوقوف على مايرتبه العقد من اعباء مالية فى ذمة المستفيد .

ويمكن لقلم الكتاب أيضا اصدار شهادة تفيد عدم اجراء أى قيد خاص بموضوع طلب من يتقدم به من ذوى الشأن (١) .

وتحدد المادة الثامنة من لائحة ١٩٧٢ الجزاء المترتب على تخلف الشهر ، وذلك بنصها على انه فى حالة عدم اتخاذ اجراءات الشهر وفقا لأحكام المواد من ٢ الى ٥ من اللائحة لا يكون لشركة التأجير التمويلى ، تطبيقا للمادة الاولى – ثالثا من قانون ١٩٦٦ ، الاحتجاج بحقوقها على الاموال التى احتفظت بملكيتها فى مواجهة دائنى المستفيد او خلفه الخاص الذى تلقى عنه المنقولات بعوض ، مالم تقم الدليل على علم هؤلاء بوجود هذه الحقوق المقررة لها .

ويتضح من ذلك ان الجزاء الذى يترتب على تخلف الشهر هو عدم نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى للمنقولات المؤجرة (٢) . لكن الجزاء مقصور على عدم جواز الاحتجاج بحق الملكية فى مواجهة دائنى المستفيد او فى مواجهة خلفه الخاص الذى تلقى عنه المنقول المؤجر بعوض . اما فى مواجهة غير هؤلاء تستطيع شركة التأجيرالتمويلى الاحتجاج بملكيتها مثل خلف المستفيد الذى تلقى عنه المنقول بدون عوض .

---

(١) ROSSIGNOL, op. cit, No 52.

(٢) GOYET, op. cit., P .69 No. 125 . CAPORALE, op. cit.,P .252. CABRILLAC, op. cit.,No. 72 .PENFORNIS et GUYENOT: Régime jurique et Pratique du crédit-bail, Les petites affiches, La loi, Les annonces de la Seine, N° 99, 24 août 1979, P.15 .RIPERTet ROBLOT, op. cit., P 774 No. 3035 .

ويشترط فى الدائن او الخلف الخاص ان يكون حسن النية ، اى يجهل بتعلق حق لشركة التأجير التمويلى على المنقول . اما اذا كان يعلم بذلك تستطيع الشركة الاحتجاج بمالها من حق على المنقول ولو تخلف شهر العقد . ويقع عبء اثبات سوء نيه الدائن او الخلف الخاص على عاتق شركة التأجير التمويلى [1] .

(٢) اجراءات شهر عقود التأجير التمويلى العقارى :

١٨٩ - تطبيقا للمادة الاولى - ثالثا من قانون ١٩٦٦ تناولت المادتان العاشرة والحادية عشرة من لائحة ١٩٧٢ الاحكام الخاصة بشهر عقود التأجير التمويلى العقارى .

فالمادة العاشرة تنص على ان العقود المشار اليها فى المادة الاولى فقرة ثانية من قانون ١٩٦٦ -وهى عقود التأجير التمويلى العقارى - تخضع وجوبيا او جوازيا بحسب ما تتضمنة من شروط للشهر فى سجل الرهون الرسمية طبقا للأحكام الواردة بالمادتين ٢٨، و ٣٧ من لائحة ٤ يناير ١٩٥٥ والتى تسرى على العقود من ذات الطبيعة .

ويتضح من ذلك وجوب شهر عقود التأجير التمويلى العقارى وما يلحق بها من عقود التأجير التمويلى اللاحق متى كانت واردة على عقارات [2] . اما مايشير اليه النص من جواز شهر العقد بحسب مايتضمنه من شروط فيتجه الى ماقد يتضمنه العقد من وعد منفرد بالبيع . ومؤدى ذلك انه اذا كان شهر الايجار وجوبيا فإن شهر الوعد المنفرد بالبيع الذى قد يقترن به متروك لارادة شركة التأجير التمويلى حيث لا الزام عليها بشهره [3] .

---

(١) VIATTE: Le crédit-bail, Journal des notaires et des avocats, Article 48544, P . 633. ROSSIGNOL: op. cit., No. 17. APPERCE, Op . Cit ., No. 52 . P A CE : E conomie ... op. cit., P. 114 .

(٢) OHL. op. cit., P . 43 .

(٣) BULTE: Chronique hypothécaire (Publicité foncière - crédit - bail), JCP 1972 N5352 , No .4 . BEY et GAVALDA: Le crédit - bail immobilier , op. cit., P. 28 .

١٩٠ - وتحيل لائحة ١٩٧٢ الى احكام لائحة يناير ١٩٥٥ الخاصة بالشهر العقارى[١] . ويترتب على ذلك ان شهر عقود التأجير التمويلى العقارى يخضع للاجراءات التى تتضمنها هذه اللائحة [٢]. وحيث ان لائحة ١٩٧٢ تقضى بسريان الاحكام التى تخضع لها العقود ذات الطبيعة المماثلة فإن شهر عقود التأجير التمويلى يخضع لاحكام شهر عقود ايجار العقارات نظرا لتعريف المشرع الفرنسى للتأجير التمويلى بانه عقد ايجار [٣].

وطبقا للقواعد العامة للشهر العقارى لا يجوز شهر التصرفات العقارية مالم يتم افرغها فى قالب كتابى . ويشترط المشرع الفرنسى فى المحرر الذى يفرغ فيه التصرف ان يكون محررا رسميا . ومؤدى ذلك وجوب ان يكون عقد التأجير التمويلى العقارى مفرغ فى محرر رسمى [٤] .

ومن جانب آخر تقضى القواعد العامة للشهر العقارى بوجوب قيد عقود الايجار الواردة على عقارات متى جاوزت مدة الايجار اثنتى عشرة سنة . وهو ما يتوافر دائما فى عقود التأجير التمويلى العقارى اذ تتراوح مددها بين خمس عشرة سنة وعشرين سنة [٥] .

ويجرى قيد العقد فى سجل الرهون الرسمية ، وهذا ما يشير الى ربط المشرع الفرنسى بين شهر عقد التأجير التمويلى العقارى ودور الملكية فى اطار هذه العملية اذ

---

(١) حول احكام نظام الشهر العقارى بوجه عام ، انظر :
RIPERT et BOULANGER : Traité de Droit civil, Tome 3, LGDJ, Paris , 1958 , P . 81 et s .

(٢). BEY et GAVALDA, op. cit., P . 28 . PACE : Pratique ..., p . D19 . RODIERE et RIVES - LANGE , op. cit., P.421 N (2). N'DIZI, op. cit., P . 183 . CABRILLAC , op. cit., No. 122 .

(٣) GIOVANOLI,Op .Cit , P . 421. No. 523 .

(٤) BOSC,Op .Cit , P .6. BIRBES, op. cit., P . 12 .

(٥) BALME,Op . Cit , No. 141 .SOLAL: Le crédit - bail immobilier, op. cit., P . 96 . BOSC, op. cit., P . 7 .

تعد الضمان الرئيسى الذى يتقرر لشركة التأجير التمويلى لمواجهة مخاطر اعسار المستفيد . وتجدر الاشارة فى هذا الصدد الى ان التصرف القانونى الذى تكتسب بموجبه الشركة ملكية العقار يلزم بداءة شهره لكى يكون نقل الملكية نافذا فى مواجهة الكافة . وكان فى امكان المشرع الفرنسى الاكتفاء بشهر هذا التصرف ، الا انه رأى ضرورة شهر العقد الذى تحتفظ بموجبه الشركة بملكية العقار مع انتفاع المستفيد به .

١٩١ - وتحدد المادة ١١ من لائحة ١٩٧٢ الجزاء الذى يترتب على تخلف شهر عقد التأجير التمويلى العقارى . وتقضى فى هذا الصدد بانه فى شأن تطبيق المادة الاولى - ثالثا من قانون ١٩٦٦ يؤدى تخلف الشهر الى عدم النفاذ طبقا للأحكام الواردة فى المادة ٣٠ من لائحة ٤ يناير ١٩٥٥ . وبالرجوع الى نص المادة المذكورة يتبين لنا ان الجزاء المقرر لتخلف الشهر يتمثل فى عدم جواز الاحتجاج بالاتفاق فى مواجهة الغير . وبالتالى اذا اخلت شركة التأجير التمويلى بالتزامها بالشهر لا تكون احكام عقد التأجير التمويلى العقارى نافذة فى مواجهة الغير دون ان يمس ذلك بالحقوق العينية المقررة للشركة على العقار المؤجر (١) .

ويبين لنا من ذلك مدى التباين بين الجزاء المقرر لتخلف شهر عقد التأجير التمويلى للمنقولات ، ويتمثل فى عدم نفاذ حق ملكية الشركة المؤجرة ، والجزاء المقرر لتخلف شهر عقد التأجير التمويلى العقارى ، ويتمثل فى عدم نفاذ العقد فى مواجهة الغير . ولقد ادى ذلك الى اثارة حفيظة شركات التأجير التمويلى للمنقولات واعتراضها على احكام لائحة ١٩٧٢ .

---

(١) BULTE, op. cit., No.4 .BEYet GAVADA : Le crédit - bail immobilier, op. cit., P. 28. BOSC, op. cit., P. 6. THOMAZEAU. op. cit., P .82.DAGOT : Sûretés immobiliéres , publicité foncière et saisie immobilière, Revue de Droit Immobilier, 1982 - 4 - P 417 .

حـ) تقدير احكام لائحة يوليو ١٩٧٢ :

١٩٢ - عند صدور لائحة ١٩٦٧ وارساء مبدأ شهر عقود التأجير التمويلى رحبت شركات التأجير التمويلى بتدخل المشرع الفرنسى ، نظرا للمخاطر الجسام التى كانت تتعرض لها من واقع عدم نفاذ حقوقها على الأموال المؤجرة فى مواجهة الكافة . بل ان شركات التأجير التمويلى ظلت تترقب صدور اللائحة التنفيذية التى توقف وضع الشهر موضع التنفيذ على صدورها وتحث السلطات العامة على اصدار هذه اللائحة .

وعندما صدرت لائحة ١٩٧٢ لم تبد شركات التأجير التمويلى ادنى اعتراض على الزامها بطلب اجراء الشهر وعدم فرض الالتزام بطلب اجراء الشهر على عاتق المستفيد ، فالشهر يوفر حماية لمصالحها والزامها بطلب اجرائه يؤمنها من تواطؤ المستفيد مع دائنيه او خلفه الخاص على عدم اجراء الشهر بفرض الزامه بطلب اجرائه .

الا ان شركات التأجير التمويلى للمنقولات شنت هجوماً عنيفا على لائحة ١٩٧٢ واعترضت بشدة على الجزاء المقرر لتخلف شهر عقود التأجير التمويلى للمنقولات والذى بموجبه لا يكون حق ملكية الشركة للمنقول المؤجر نافذا فى مواجهة دائنيه وخلفه الخاص الذى تلقى منه ملكية المنقول بعوض . وبالرغم من هذه الاعتراضات ذهب القضاء الفرنسى الى تطبيق الجزاء المنصوص عليه فى المادة الثامنه من لائحة ١٩٧٢ [1] ، وايدت محكمة النقض الفرنسية ماذهبت اليه محاكم الموضوع [2] .

١٩٣ - ولقد ساند جانب من الفقه الفرنسى دعوة شركات التأجير التمويلى الى الاعتراض على حكم لائحة ١٩٧٢ فيما يتعلق بالجزاء على تخلف شهر عقود التأجير التمويلى للمنقولات . فقيل بان العقد الواجب شهره وهو عقد التأجير التمويلى

---

(١) Cour d' appel DE Lyon 30 avril 1980 , inédit .

(٢) Cassation Commerciale, 23 février 1982 , JCP 1983 II 19975, note BEY.

لا تكتسب الشركة المؤجرة بموجبه ملكية المنقول فلا يمكن ان يفضى تخلف اشهاره الى عدم نفاذ حق اكتسبته الشركة بموجب عقد آخر وهو عقد البيع[1]، فى حين ان هذا العقد الاخير لا يخضع للشهر لكي يكون نقل الملكية نافذا في مواجهة الغير[2].

كذلك قيل بأن قانون ١٩٦٦ المعدل بلائحة ١٩٦٧ لم يقرر جزاء عدم نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى عند تخلف اشهار العقد بل نص على عدم نفاذ احكام عقد التأجير التمويلى فى هذه الحالة[3]. ذلك ان نص المادة الاولى - ثالثا التى اضافتها لائحة ١٩٦٧ يقضى بخضوع العمليات المشار اليها اعلاه فى المادة الاولى من القانون للشهر، وحيث ان عقد التأجير التمويلى هو الواجب شهره وهو لاينشئ للطرفين سوى حقوق شخصية فإن أحكام ذلك العقد هى التى يتقرر عدم نفاذها فى حالة تخلف الشهر[4].

ولقد ذهبت بعض محاكم الموضوع فى فرنسا الى تبنى هذا التفسير وقضت بعد نفاذ احكام عقد التأجير التمويلى بسبب تخلف الشهر[5]. الا ان محكمة النقض رفضت هذا الاتجاه ونقضت كل حكم يقضى بعدم نفاذ أحكام العقد بدلا من تقرير عدم نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى للمنقولات عند تخلف الشهر[6].

---

(١) RIPERTet ROBLOT, op. cit., Tome 2, P.779 No. 3043 .

(٢) BEY : JCP 1976 II18407, note précitée .ZAMPOU, op. cit., P 326 .

(٣) CREMIEUX - ISRAEL, op. cit., P 147 et s. BOSC , op. cit., P.7 .

BEY : JCP 1983 II 19975 , note précitée . ibid : Les aspects ....op. cit., No 41. POUSSIER, op. cit., 2° PARTIE. CHAPITRE. II P . 46 .

(٤) BEY : De la symbiotique ..., op. cit., P .178 .

وجدير بالاشارة الى ان التفسير المتقدم لنص المادة الاولى - ثالثا من قانون ١٩٦٦ قيل به قبل صدور لائحة ١٩٧٢ . فالمرجع المشار اليه صادر فى عام ١٩٧٠ .

(٥) Cour d'appel de Montpellier , 20 novembre 1973 , JCP 1974 II 17640, note BEY . Tribunal de grande Instance de Lille , 14 mai 1975 , note SOLAL, Actualités Juridiques - Propriété Immobilière , janvier 1977, P . 32 .

(٦) Cassation commerciale , 16 décembre 1975 , JCP 1976 II18407, nate BEY.

١٩٤ - وازاء الجدل العنيف الذى ثار حول جزاء تخلف الشهر ذهب البعض الى اعتبار الجدل عقيما وغيرذى جدوى ، وذلك استنادا الى ان عدم نفاذ احكام عقد التأجير التمويلى يفضى حتما الى عدم نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى للمنقولات المؤجرة [١].

ولكن الآثار المترتبة على توقيع اى من الجزائين جد مختلفة ، ذلك ان شركة التأجير التمويلى لا تكتسب ملكية المنقول بموجب عقد التأجير التمويلى الواجب شهره ، وان قيل بعدم نفاذ مضمون هذا العقد الاخير لايمس ذلك نفاذ حق الملكية المكتسب بموجب عقد آخر [٢] . واذا كان البيع لايبرم الا بمناسبة ابرام عقد التأجير التمويلى وتنفيذه الا انه عقد مستقل عنه وينتج بالتالى آثاره استقلالا عن عقد التأجير التمويلى .

ويبدو الاختلاف بين جزاء عدم نفاذ الملكية وجزاء عدم نفاذ احكام العقد فى حالة شهر افلاس المستفيد : فإن قيل بأن جزاء تخلف الشهر هو عدم نفاذ الملكية فإن شركة التأجير التمويلى تكون عاجزة عن استرداد المنقول من تفليسة المستفيد ولكنها تستطيع دخولها بمالها من حقوق فى ذمة المستفيد واهمها اقساط الاجرة التى حل اجلها ولم يوف بها المستفيد والتعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى والذى يكون مستحقا للشركة فى حالة فسخ العقد بسبب امتناعه عن الوفاء . اما اذا قيل بأن جزاء تخلف الشهر هو عدم نفاذ احكام عقد التأجير التمويلى يكون فى مقدور الشركة المؤجرة استرداد المنقول من تفليسة المستفيد ولكنها لا تستطيع المشاركة فى تصفية امواله فى شأن الحقوق المقررة لها والناشئة عن عقد التأجير التمويلى [٣] .

(١) BACHASSON, op .cit , P 346 No 365 . SOLAL :Le crédit - bail mobilier, op . cit , P 289.

(٢) BEY : JCP 1974 II17640 , note précitée .

(٣) BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op. Cit., Fasc. 651, No 24.

١٩٥ - وازاء صراحة نص المادة الثامنة من لائحة ١٩٧٢ واتجاه محكمة النقض الى تطبيق حكمها حرفيا طعن فى عدم مشروعية هذا النص . وقد ابدت شركة Locafrance هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة استئناف مونبلييه ، الا ان المحكمة رفضت الدفع [١] واستندت الشركة المرموقة الى ان المادة الثامنة من اللائحة تنشئ جزاء لم يقرره قانون ١٩٦٦ من جانب ، والى مخالفتها للدستور الفرنسى من جانب آخر . فعلى ضوء المادة الاولى - ثالثا من قانون ١٩٦٦ يبين ان الجزاء المقرر هو عدم نفاذ احكام العقد الواجب شهره وهو عقد التأجير التمويلى . وقد عرضنا لهذا التفسير من قبل . اما عن عدم دستورية نص المادة الثامنة من اللائحة فيستند الى ان المادة ٣٤ من دستور الجمهورية الخامسة لعام ١٩٥٨ تجعل الاختصاص بتنظيم الاحكام المبدئية لنظام الملكية للتشريع وحده دون اللوائح فضلا عن اختصاصه بوضع الجزاءات الخاصة بمخالفة هذه الأحكام . وحيث ان لائحة ١٩٧٢ وضعت جزاء يتعلق بملكية المنقولات المؤجرة دون تفويض بذلك من المشرع العادى فانها تكون بذلك قد خالفت الدستور [٢] .

وقوبل دفع شركة Locafrance بعدم مشروعية لائحة ١٩٧٢ بالرفض مرة اخرى . الا ان محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم وذهبت الى انه كان يتعين على محكمة الاستئناف وقف النظر فى الدعوى الى ان يفصل مجلس الدولة فى المسألة الاولية التى اثارتها شركة التأجير التمويلى امامها ، نظرا لما تتسم به المسألة الاولية المعروضة امامها من طابع جدى وحال الامر يتعلق بعدم مشروعية لائحة ١٩٧٢ ، لأنها استبدلت فى نظر الطاعنة جزاء عدم نفاذ حق الملكية بجزاء عدم نفاذ احكام عقد التأجير التمويلى طبقا لما يقضى به قانون ١٩٦٦ [٣] .

---

(١) Cour d'appel de Montpellier , 20 novembre 1973 , arrêt Précité.

(٢) BEY : JCP 1983 II 19975 , note précitée .

(٣) Cassation commerciale , 23 février 1982 , Locafrance C. Rossignol et autres , JCP 1984 II 19975, note BEY.

ولقد عرض الدفع بعدم مشروعية لائحة ١٩٧٢ امام مجلس الدولة الفرنسى ، وقد اصدر حكمه فى تاريخ ٢٩ مارس ١٩٨٥ بمشروعية لائحة ١٩٧٢ وعدم مخالفتها لأى من احكام الدستور وقانون ١٩٦٦ [١] . وجاء فى حكم المجلس ان المشرع اراد بنصه على وجوب شهر عقود التأجير التمويلى حماية الغير من اللبس الذى يثيره تسلم المستفيد للمنقول حول ملكية هذا المنقول . وحيث ان اللائحة صدرت بناء على تفويض من المشرع لا يمكن الدفع بمخالفة احكام المادة ٣٤ من الدستور . اما وقد نصت اللائحة على عدم نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى بسبب تخلف الشهر لاتكون بذلك قد تجاوزت حدود التفويض الصادر لها من المشرع . اذن على ضوء الحكمة من فرض الشهر يتحدد الجزاء على تخلفه . ولا يمكن النعى على لائحة ١٩٧٢ من هذا المنظور بمخالفتها احكام قانون ١٩٦٦ .

ولم يسلم حكم مجلس الدولة من النقد ، واخذ عليه انه اصطنع علاقة سببية وارتباط غائى بين الاحتفاظ بالملكية وجزاء عدم النفاذ . فالملكية لا تعتبر من اركان التأجير التمويلى بل هى اثر قانونى يترتب عليه. ولم يدفع بالمشرع الى النص على احتفاظ شركة التأجير التمويلى بملكية المنقول المؤجر الا خشيتها من ان يعيد القضاء النظر فى تكييف العقد الذى يربطها بالمستفيد ، ولم تكن هذه العبارة التى ادرجها المشرع ضمن تعريفه للتأجير التمويلى للمنقولات الا بوازع من شركات التأجير التمويلى . ومن جهة اخرى يجب على المحاكم العادية التصدى للدفع بعدم مشروعية لائحة ١٩٧٢ ولا اختصاص لمجلس الدولة بالفصل فيه استنادا الى ما استقرت عليه محكمة التنازع من اختصاص جهة القضاء العادى بالفصل فى المسائل الاولية ذات الطابع الادارى عندما تمس مراكز قانونية من القانون الخاص [٢] .

---

(١) Dalloz Sirey, 18 avril 1985 , Flash .

(٢) BEY : JCP 1986 II 20 608, note sous Conseil d' Etat , décision du 29 mars 1985 .

وفى اعقاب صدور حكم مجلس الدولة المتقدم اكدت محكمة النقض الفرنسية ماذهب اليه من انه يترتب على تخلف الشهر عدم نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى ، أما أحكام العقد ذاتها فتكون نافذة تطبيقاً للقواعد العامة (١) .

١٩٦ - وفى تقديرنا يتسق حكم مجلس الدولة وما تذهب إليه محكمة النقض الفرنسية ومراد المشرع والطبيعة الحقيقية للتأجير التمويلى . ولئن كانت شركة التأجير التمويلى تكتسب ملكية المنقول بموجب عقد يتميز عن عقد التأجير التمويلى وهو عقد البيع فانها لا تقوم بشراء المنقول الا بمناسبة ابرام وتنفيذ عقد التأجير التمويلى وحتى يتقرر لها ضمان فعال ضد مخاطر اعسار المستفيد. الا أن المستفيد يحوز المنقول من الوجهة المادية ، ومن شأن ذلك ايقاع الغير فى غلط حول ملكية المستفيد للمنقول وذلك بغض النظر عما إذا كان المستفيد قاصداً خلق حالة التوهم لدى الغير من عدمه . وبما ان شركة التأجير التمويلى تحتفظ بملكية المنقول على سبيل الضمان طوال مدة العقد يكون شهر العقد بمثابة اشهار تأمين عينى يرد على المنقول دون ان يتطلب تقريره تخلى المدين عن حيازته (٢). والملكية باعتبارها التأمين العينى المقرر لشركة التأجير التمويلى لابد اذن من شهره لكى يصير التأمين العينى أى الملكية نافذاً فى مواجهة الغير (٣) .

ان ذلك لبمثابة الاثر القانونى الذى رمى المشرع الفرنسى الى ترتيبه ، دون ان يعلن صراحة عن دور الضمان الذى تلعبه الملكية فى اطار التأجير التمويلى . واكتفى بالنص على ان شركة التأجير التمويلى تحتفظ بملكية المنقول طوال مدة العقد. ولانشك فى صحة ماذهب اليه الرأى المعارض من ان نص المشرع الصريح على احتفاظ الشركة المؤجرة بملكية المنقول كان من اجل عدم تعرض تكييف العقد

---

(١) Cassation civile , 2° chambre , 15 mars 1989 , JCP 1989 IV 182 .

(٢) GOYET,op .cit , P 73 , 74 No 135 .

(٣) GIOVANOLI, op. cit , P 360 No 449 .

لاعادة نظر القضاء فيه . فالتأجير التمويلى هو فى حقيقته الاقتصادية عملية بسيطة : منح ائتمان مضمون بحق ملكية الأصل الذى يتم تمويله ، وهو من الوجهة القانونية يتضمن رهنا مغلقا يسمح قالب الايجار بالتستر عليه .

١٩٧ - اما عن اختلاف جزاء تخلف شهر عقود التأجير التمويلى للمنقولات عن الجزاء المقرر لتخلف شهر عقود التأجير التمويلى العقارى فالامر مرده الى التقاليد المستقرة فى المواد العقارية من وجوب شهر التصرفات التى يكون موضوعها انشاء او نقل أو انقضاء الحقوق العينية العقارية لكى تكون نافذة فى مواجهة الغير(١) . وتطبيقا لذلك يتعين على شركة التأجير التمويلى شهر عقد شراء العقار او عقد البناء فيصير حق ملكيتها للعقار نافذا فى مواجهة الغير . وحيث تم شهر عقد الشراء او البناء فلا مجال بعد ذلك لتعليق نفاذ حق الملكية على شهر عقد آخر كعقد التأجير التمويلى. اما وقد فرض المشرع الفرنسى على شركات التأجير التمويلى طلب اشهار هذا العقد الاخير يكون ذلك من أجل نفاذ احكامه فى مواجهة الغير ، وبالتالى يصير الجزاء على تخلف الشهر عدم نفاذ احكام عقد التأجير التمويلى فى مواجهة الغير .

وإذا كان حق ملكية الشركة المؤجرة للعقار نافذا من واقع شهر عقد الشراء او البناء يحق لنا التساول عن حكمة فرض المشرع للالتزام بشهر عقد التأجير التمويلى العقارى . وبالرجوع الى احكام الشهر العقارى نجد ان المشرع يتطلب اشهار عقود الايجار العقارى اذا زادت عن مدة محددة طويلة نسبيا لكى يكون العقد نافذا فى مواجهة مشترى العقار بصفة اساسية (٢) . ولقد ذكرنا من قبل ان المتصرف اليه يكون مسئولا عن جميع الالتزامات الناشئة عن عقد التأجير التمويلى وتظل الشركة المتصرفة ضامنة لحسن تنفيذ هذه الالتزامات ، وذلك بصريح نص المادة الأولى - اولا من

---

(١) RIPERT et BOULANGER,op .cit , P 125 No 332 .

(٢) حول الاحكام التفصيلية لشهر عقود الايجار الواردة على العقارات والحكمة منه : RIPERT et BOULANGER,op .cit , P 81 et s.

قانون ١٩٦٦ [١]. الا ان الامر يتوقف على نفاذ عقد التأجير التمويلى العقارى فى مواجهة مشترى العقار ، ولا يكون كذلك الا اذا كان مشهرا طبقا لأحكام لائحة١٩٧٢ .

وعلى خلاف الوضع فى شأن المواد العقارية لا تخضع التصرفات الواردة على المنقولات كأصل عام لثمة اشهار ، و بالتالى لم يكن اى من عقد البيع الذى تكتسب بموجبه شركة التأجير التمويلى ملكية المنقول وعقد التأجير التمويلى للمنقولات يخضع للشهر حتى صدور لائحة ١٩٧٢ . وكان المشرع الفرنسى بالخيار بين خضوع عقد البيع للشهر او خضوع عقد التأجير التمويلى له . ورجح وجوب اخضاع هذا العقد الاخير للشهر .

ولا يسعنا الا التسليم بصحة ما اتجه اليه المشرع الفرنسى . ذلك انه من الصعب اخضاع بعض عقود البيع الواردة على المنقولات للشهر دون بعضها الآخر لمجرد ان الاولى تندرج فى اطار عملية تأجير تمويلى دون الأخرى . والفرض هنا ان الشهر لا يكون مقصورا على عقود بيع طائفة محددة من المنقولات . واذا كانت الحكمة من الشهر ضمان نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى فى مواجهة الغير فلا يكون ذلك الا بالنظر الى ارتباط احتفاظها بالملكية وابرام عقد التأجير التمويلى . وبالتالى ليس هناك ثمة ما يمنع من تعليق نفاذ الملكية على شهر هذا العقد الاخير دون شهر العقد الذى اكتسبت بموجبه الشركة الملكية وهو عقد البيع .

ويجب الا يغيب عن البال طوائف الاشخاص الذين يعلق المشرع نفاذ الملكية فى مواجهتهم على شهر عقد التأجير التمويلى ، وهم دائنو المستفيد وخلفه الخاص . وحيث ان هؤلاء يرتبطون بالمستفيد وليس بشركة التأجير التمويلى يكون المراد الرئيسى من الشهر اعلام هؤلاء بأن الاصل المؤجر ليس مملوكا فى واقع الامر للمستفيد ، ولا

---

(١) وتتمثل هذه الالتزامات بصفة اساسية فى تمكين المستفيد من الانتفاع بالاصل ونقل ملكيته له فى نهاية مدة الايجار اذا عمل خياره بالتملك . وجدير بالاشارة الى ان النص المذكور يتعلق بالنظام العام وبالتالى لايجوز الاتفاق على خلاف ما يتضمنه من حكم : CALAIS-AULOY,op.cit,No 93

يكون تعيين شخص المالك الحقيقى محل الاعتبار الجوهرى من الشهر . ويأتى علم هؤلاء بانتفاء ملكية المستفيد للأصل من واقع علمهم بارتباطه بعقد من عقود التأجير التمويلى مع احدى المنشآت التى احتفظت بملكية المنقول. وهذا ما يفسر تحديد اختصاص قلم كتاب المحكمة بالنظر الى دائرة المكان الذى تم فيه قيد المستفيد فى السجل التجارى او المكان الذى يوجد فيه مركز اعماله . فمناط الاختصاص يدور حول شخص المستفيد وليس حول شخص شركة التأجير التمويلى. والقول بخلاف ذلك يجعل إفتراض علم دائنى المستفيد او خلفه الخاص بانتفاء ملكيته للأصل مستحيلا والفرض انهم يجهلون واقعه ابرام عقد التأجير التمويلى. وحتى بفرض خضوع عقد بيع المنقول للشهر كيف يتسنى الزام هؤلاء بالتحرى عما اذا كانت (س) من شركات التأجير التمويلى تملكت المنقول من (ص) من البائعين ، وخاصة ان المستفيد اجنبى عن عقد البيع ؟

١٩٨ – لهذه الاعتبارات المتقدمة كان لزاما على المشرع الفرنسى تعليق نفاذ ملكية شركة التأجير التمويلى على شهر عقد التأجير التمويلى ذاته . ويلاحظ فى هذا الصدد انه فى حالة تخلف الشهر لا يستطيع المتصرف اليه الاحتجاج بحق ملكيته للمنقول المشترى فى مواجهة دائنى المستفيد او خلفه الخاص ، ولا يكون له الا الرجوع على شركة التأجير التمويلى بالضمان .

اما فى العلاقة بين المتصرف اليه و المستفيد فقد ترك المشرع امر نفاذ عقد التأجير التمويلى فى مواجهة المتصرف اليه للقواعد العامة ، والفرض هنا ان العقد غير مشهر . وبالتالى يكون للمستفيد او المتصرف اليه بحسب الاحوال الرجوع على شركة التأجير التمويلى بالضمان . ولكن يجب الأخذ فى الاعتبار ان المتصرف اليه يتلقى ملكية المنقول من منشأة تحترف نشاط التأجير التمويلى، وذلك عند الوقوف على مدى علمه بوجود عقد التأجير التمويلى وقت تلقيه ملكية المنقول من المنشأة المتصرفة.

١٩٩ – من خلال استعراضنا لأحكام الشهر القانونى لعقود التأجير التمويلى يتضح لنا ان المشرع الفرنسى يبتغى رفع كل لبس حول ملكية شركة التأجير التمويلى للأصل المؤجر ، اذ عن طريق الشهر يثبت للكافة ما يتعلق للشركة من حقوق

على الاصل . وتتفادى بالتالى الشركة منازعة دائنى المستفيد او خلفه الخاص حول هذه الملكية ، ويتقرر لها حق استرداد الاصل دون مشقة .

اذن لا تعدو الملكية فى نظر المشرع الا تأمين عينى يتقرر لشركة التأجير التمويلى ، يجب ضمان فعاليته فى مواجهة كل من يمكنه مزاحمة الشركة فيه. ونظرا لأن التأمين يتمثل فى حق الملكية ذاتها ، فإن منازعة الشركة حول ملكيتها للأصل لا تكون مقصورة على دائنى المستفيد وانما تمتد ايضا الى خلفه الخاص .

وعلى ذلك بعد ان اقر المشرع الفرنسى بالطابع المالى للتأجير التمويلى عند تحديده للنظام القانونى للمنشآت التى تزاول هذا النشاط اقر بالدور التأمينى الذى تلعبه ملكية الاصل فى اطاره . واذا كان قالب الايجار هو الذى يسمح بالتعبير قانونا عن الجانب المالى والجانب التأمينى فى التأجير التمويلى ، فإن المزايا الضريبية التى تتقرر لهذا النشاط تدور حول طبيعته الايجارية . ومع ذلك رأينا انه فى بعض الفروض عاد الطابع المالى ليفرض نفسه عند اصطدام مقتضيات الايجاربالقواعد العامة الضريبية وبصفة خاصة فيما يتعلق بقواعد الاهلاك الضريبى .

واذ يفرض المشرع على المستفيد شهر الاعباء المالية الناشئة عن عقد التأجير التمويلى محاسبيا يجب علينا الوقوف على ما اذا كان الالتزام المتقدم من شأنه ايضا رفع التناقض بين الطبيعة المالية الحقيقية للتأجير التمويلى وثوب الايجار الذى يفرغ فيه.

المطلب الثانى

نظام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى

٢٠٠ - عندما صدرت اللائحة رقم ٧٢ - ٦٦٥ بتاريخ ٤ يوليو ١٩٧٢ تضمنت فصلاً ثالثاً بعنوان « الشهر المحاسبى لعمليات التأجير التمويلى » . وتفرض احكامه التزاما على عاتق المستفيد بقيد اقساط الاجرة فى دفاتره المحاسبية . ولقد عزز المشرع الفرنسى هذا الالتزام القانونى بفرض عقوبة جنائية على المستفيد فى حالة اخلاله بالتزامه بالشهر .

ولقد صدرت لائحة ١٩٧٢ فى ظل تنظيم قانونى خاص بالقيود المحاسبية التى يلتزم التجار باجرائها اتساقا مع الالتزام القانونى الملقى على عاتقهم بمسك الدفاتر التجارية . وقد صادف هذا التنظيم تعديل هام بموجب القانون رقم ٨٣ - ٣٥٣ بتاريخ ٣٠ ابرايل ١٩٨٣ الخاص بالالتزامات المحاسبية الواقعة على عاتق التجار وبعض انواع الشركات [١] .

ولقد صدرت تنفيذا لهذا القانون اللائحة التنفيذية رقم ٨٣ - ١٠٢٠ بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ [٢] ، وبموجب المادة ٥٣ منها تم تعديل احكام لائحة ١٩٧٢ تعديلا جذريا .

ويجب على ضوء القواعد المحاسبية التى كانت سائدة وقت صدور لائحة ١٩٧٢ تحديد الجدوى من فرض الالتزام بالشهر المحاسبى على عاتق المستفيد ، ثم على ضوء احكام الشهر وما طرأ عليها من تعديل يمكننا تقدير هذا النظام وبيان مدى تحقيقه للغاية من الاشهار المحاسبى لعمليات التأجير التمويلى .

اولا : اهمية الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى :

٢٠١ - طبقا للأحكام التقليدية التى كان يقضى بها التقنين التجارى الفرنسى كان التجار ملزمين بمسك دفترين اساسيين: دفتر اليومية Livre - journal ودفتر الجرد Inventaire [٣] . ويتضمن دفتر اليومية بيانا بجميع العمليات المتعلقة بالمنشأة التجارية على نحو تفصيلى ، بينما يحوى دفتر الجرد اصول وخصوم المنشأة عن كل سنة مالية [٤] .

ويتم تحرير ميزانية المنشأة من واقع البيانات الواردة فى دفتر الجرد ، كذلك يتم

---

(١) Journal Officiel, 3 mai 1983, JCP 1983 III 54141 .

(٢) Journal Officiel, 10 décembre 1983, P.3461. Dalloz 1983 Législation 532 .

(٣) المادتان الثامنة فقرة اولى والتاسعة من التقنين التجارى الفرنسى .

(٤) RIPERT et ROBLOT, op . cit , Tome 1, P. 265 No 435 .

اعداد حساب الارباح والخسائر على ضوء هذه البيانات مما يضفى على دفتر الجرد اهمية محورية من الوجهة المحاسبية .

وتتحدد بيانات دفتر الجرد على ضوء القيود التى تجربها المنشأة فى حساباتها المختلفة خلال السنة المالية الجارية ، ويتحدد الشكل النهائى للدفاتر على ضوء تأثير مختلف القيود المحاسبية على اصول وخصوم المنشأة فى بداية السنة المالية طبقا لما كان يظهره دفتر الجرد المحرر عن السنة المالية الماضية .

ويرجع مسك التاجر لحسابات مختلفة الى ما يتجه اليه الفن المحاسبى الحديث من تصوير المنشأة على انها وحدة تشمل فروع عدة ، يتم تخصيص حساب مستقل لكل فرع منها وتجرى القيود تعبيرا عن علاقات يفترض نشأتها بين فرعين منها . ومثال ذلك مسك التاجر لحساب خاص بالصندوق ، وآخر خاص بالأوراق المالية ، وثالث خاص بالمواد الخام ، ورابع خاص بالبضائع ، وحساب خاص بالعملاء ... فلو فرضنا ان المنشأة باعت سلعة الى احد عملائها يضيف التاجر قيمتها الى جانب الاصول فى حساب البضائع باعتباره دائنا بالثمن ، كما يقوم بقيدها فى جانب الخصوم فى حساب العميل . فإن قام هذا الاخير بدفع الثمن ، يضاف ذلك الى جانب الخصوم فى حساب البضائع من جهة والى جانب الاصول فى حساب العميل من جهة اخرى . ويعنى ذلك اجراء القيد الواحد مرتين دائما ، وذلك بوصفه تعبيرا عن علاقة بين حسابين فيجب اجراء القيد فى كل حساب على حدة .

ومع ذلك هناك من الآثار المالية التى تتعلق بالمنشأة ولا يمكن تصويرها على انها علاقة ولو مفترضة بين حسابين . مثال ذلك اجور العاملين التى تقيد فى اصول حساب الصندوق ولكن لا يقابلها قيد فى حساب آخر ، او العوائد المالية التى تحصل عليها المنشأة عن الاوراق المالية التى تتكون منها محفظتها المالية . وكان العمل يجرى على اضافة هذه القيود فى جانب الخصوم او جانب الاصول بحسب الاحوال فى حساب الارباح والخسائر ، بالرغم من دوره الاصلى فى ابراز ما تكون قد حققته المنشأة من ارباح او ما تكون تكبدته من خسائر على ضوء البيانات الواردة فى دفتر الجرد. ومع تطور الفن المحاسبى ظهر حساب جديد هو حساب التشغيل العام او حساب الاستغلال العام يتميز عن حساب الارباح والخسائر. ويهدف حساب التشغيل

العام الى اظهار ناتج الاستغلال التجارى خلال السنة المالية ، وتدرج فيه كافة التكاليف والعوائد المتحققة خلال هذه السنة بغض النظر عن قيدها فى حسابات المنشأة المختلفة من عدمه . ولم يعد لحساب الارباح والخسائر الا دورا مكملا لحساب التشغيل العام حث يتضمن بيانات بالارباح والخسائر التى نشأت خلال السنوات المالية السابقة اوتلك التى تنشأ عن احداث عرضية واستثنائية [١] .

٢٠٢ – ويتضح من ذلك ان الميزانية لا تكون تعبيرا صادقا عن مركز المنشأة المالى مالم تشمل ناتج حساب التشغيل العام ، ولكنها لا تحوى تفصيلات البنود المختلفه الواردة فيه . فالميزانية تصوير مختصر لمركز المنشأة المالى ، تتحدد بنوده على ضوء البيانات الواردة فى دفتر الجرد . وحيث ان هذا الدفتر يشمل اصول وخصوم المنشأة كما تظهر من حساباتها المختلفة ، تنقسم الميزانية الى جانبين احدهما يضم اصول المنشأة ويضم الآخر خصومها . ويدرج فى جانب الاصول نتاج الحسابات الدائنة وتشمل : العقارات والبضائع والصكوك وحقوق الدائنية والحقوق المقررة للمنشأة الناشئة عن اوراق تجارية والصندوق ... بينما يدرج فى جانب الخصوم ناتج الحسابات المدينة أى الديون التى تتقرر مجازاً للتاجر على مختلف فروع المنشأة . ويشمل جانب الخصوم : رأس المال والاحتياطيات ومخصصات الاهلاك والديون المقررة للغير كالقروض واثمان شراء السلع .

ولا يتحقق التوازن فى ميزانية المنشأة الامن واقع اضافة ناتج حساب الارباح والخسائر فى جانب الاصول او جانب الخصوم بحسب الاحوال . فلو ان مجموع الاصول يزيد على مجموع الخصوم تكون المنشأة محققة للارباح ويتحقق توازن بنود الميزانية عن طريق قيد نتاج حساب الأرباح والخسائر فى جانب الخصوم . اما فى الفرض العكسى حيث يكون مجموع الخصوم زائدا على مجوع الاصول تكون المنشأة قد تكبدت خسائر ، ويتحقق التوازن فى بنود الميزانية بقيد نتاج حساب الارباح والخسائر فى جانب الاصول [٢] .

(١) RIPERT et ROBLOT, op .cit , P.263 No 450.

(٢) ويترتب على ذلك ان قيد ناتج حساب الارباح والخسائر فى جانب أصول الميزانية لدليل على تكبد المنشأة للخسائر ، فى حين ان قيده فى جانب الخصوم لدليل على تحقيقها للارباح . انظر فى ذلك : GORE et DUPUY : Répertoire Dalloz de Droit commercial, V, Inventaire et bilan .

٢٠٣ – وتطبيقا لهذه الاحكام على التأجير التمويلي لا يسمح الاطلاع على ميزانية المستفيد بالكشف عن آثاره . ذلك ان المال المؤجر لا يقيد في جانب الاصول لإنتفاء ملكية المستفيد له ، ولا يقابله ادنى قيد في جانب الخصوم لأن المستفيد لاحق له في قيد مخصصات اهلاك المال المؤجر ضمن الخصوم حيث انها ميزة مقررة لما لكي الاصول الانتاجية دون غيرهم.

وقيل في هذا الصدد ان من مزايا التأجير التمويلي الابقاء على قدرة المستفيد على الاقتراض دون مساس [1]، نظرا « لحياده » من الوجهة المحاسبية [2]. ولكن مامن شك في ان المستفيد يقوم بتسجيل الاعباء المالية الناشئة عن عقود التأجير التمويلي في حساب التشغيل العام [3]، وذلك حتى يتسنى له خصمها من وعائه الضريبي [4]. ومؤدى ذلك أن حياد التأجير التمويلي من الوجهة المحاسبية لا يقوم دليلاً على مركز مالي افضل نظرا لتضخم حساب التشغيل العام باعباء التأجير التمويلي ، ويكون من شأن ذلك حتما الحد من قدرة المستفيد على الاقتراض، وهي في الاصل قدرة محدودة [5].

---

(١) BEY : De la symbiotique..., op cit , P . 20 . CRMIEUX - IS-RAEL,op . cit . P. 113 . CHAMPAUD. JCP 1965 , op . cit , N0 33 . BACHASSON , op . cit , P . 3 No2 .

(٢) GAUDRION, op . cit., P . 56 .

(٣) PACE . Economie ..., op . cit , P .122 .

(٤) CAPORALE, op . cit , P . 244 .

(٥) LE ROUYER DE LA FOSSE, op . cit , P . 93 .

ويلاحظ انه على العكس كلما زادت الاعباء المالية التي تتحملها المنشأة ادى ذلك الى الانقاص من فرص الاقتراض . فالبنوك تعول عند منحها للإئتمان على مايعرف بحد التشبع الائتماني وهو الحد الذي يقدر عنده البنك بأن منح مزيد من الائتمان الى العميل يفضي الى عجزه عن مواجهة اعبائه ، ولاشك ان البنك يعول لحساب حد التشبع الائتماني على معدل مديونية العميل وهو ما يتم قياسه بالمقارنة بين الاعباء المالية التي يتحملها العميل والتدفق النقدي في المنشأة(LE ROUYER DE LA FOSSE, op . cit , P . 106.) وعلى ذلك فإن التأجير التمويلي لا يزيد من اصول المستفيد حيث لا يكون مالكا للمال المؤجر,ROLIN op.cit , P .54 . GAULLIER , op . cit , P. 756 .، بينما تقيد الاعباء المالية الناشئة عنه في حساب التشغيل العام مما له تأثير سلبي على امكانية الحصول على قرض (N' DIZI , op . cit , =

وايا كان شأن هذا الخلاف ، فإنه طبقا للاصول المحاسبية التى كانت سائدة قبل صدور لائحة ١٩٧٢ لم يكن للتأجير التمويلى وجود ظاهر بميزانية منشأة المستفيد. ولئن كان يدرج بالميزانية ناتج حساب التشغيل العام والذى كان يشمل الاعباء المالية الناشئة عن التأجير التمويلى ، الا انه لم يكن فى مقدور المتعاملين مع المستفيد ، وعلى رأسهم البنوك ، الكشف عن وجود التأجير التمويلى الا بالاطلاع على حساب التشغيل العام وبشرط ان يتم قيد هذه الاعباء على نحو مستقل ، وبصفة خاصة فى حالة تعدد عقود التأجير التمويلى التى يبرمها المستفيد وتنوعها بين عقود تأجير تمويلى للمنقولات وعقود تأجير تمويلى عقارى .

٢٠٤ - وتأتى اهمية الوقوف على الاعباء المالية الناشئة عن عقود التأجير التمويلى على وجه الدقة حتى يتسنى للغير تحديد حجم مديونية المستفيد [١] . ذلك ان المعرفة الدقيقة لمقدار اقساط الاجرة تسمح بتحديد معدل التدفق النقدى داخل منشأة المستفيد عن طريق اضافة جانب الاهلاك المالى الذى تتضمنه اقساط الاجرة اليه [٢] . وكأن المستفيد حصل فى واقع الامر من خلال عقد التأجير التمويلى على مبلغ من النقود على سبيل القرض ، ويلتزم بالتالى برد اصل رأس المال الى شركة التأجير التمويلى وهو ما يؤثر بلاشك على معدل التدفق النقدى داخل منشأة المستفيد .

وتتحدد لنا بذلك الاشكالية الرئيسية لفرض التزام الشهر المحاسبى على عاتق المستفيد : كيف يمكن لأقساط الاجرة ظهورها على نحو تفصيلى ودقيق فى حسابات المستفيد . واذ ننتقل الى دراسة احكام هذا الشهر يمكننا الاجابة على هذه

=. (P. 85) . اضف الى ذلك انه فى حالة التأجير التمويلى اللاحق يتخلى المستفيد عن اصل من اصوله يترجم بالانتقاص من جانب الاحول فى الميزانية . وحيث ان البنوك تعول على الهيكلة المالية للمنشأة والتى تتحدد بالمقارنة بين اصول المنشأة ورؤوس الاموال الخارجية عن المشروع ، يكون مؤدى الانقاص من اصول المنشأة التأثير على هيكلها المالية وهو ما يعتبر عائقا فى سبيل الحصول على الائتمان المصرفى (OHL , op . cit , P . 89). وخلاصة القول ان للتأجير التمويلى آثاره السلبية على القدرة على الاقتراض كسائر سبل التمويل الخارجية عن المنشأة .

(١) CHAMPAUD : JCP 1965 , op . cit , N° 41 .

(٢) EL KRIMI , op . cit , P. 16 .

الاشكالية ومنها نستطيع تقدير نظام الشهر المحاسبى .

ثانيا : احكام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى :

٢٠٥ - ذكرنا فى مقدمة الحديث عن نظام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى ان لائحة ١٩٧٢ تضمنت الاحكام الخاصة به . ثم على اثر تعديل التنظيم القانونى العام للقيود المحاسبية فى عام ١٩٨٣ تم تعديل احكام لائحة ١٩٧٢ تعديلا جذريا . وحيث اننا اشارنا الى ان الاشكالية الرئيسية التى تثور بمناسبة الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى تتمثل فى اظهار تفاصيل الاعباء المالية الناشئة عنه فى حسابات المستفيد ، يجدر بنا العرض للأحكام الأصلية التى تضمنتها لائحة ١٩٧٢ اولا ثم للأحكام الحديثة التى اتى بها تعديل ١٩٨٣ وذلك حتى يتسنى لنا إدراك مدى تأثر الاشكالية المطروحة بهذا التعديل .

أ) احكام الشهر المحاسبى فى لائحة ١٩٧٢ الاصلية :

٢٠٦ - تبين المادة ١٢ من لائحة ١٩٧٢ قبل تعديلها ما يجب على المستفيد اجراؤه من قيود محاسبية خاصة بعقود التأجير التمويلى التى يبرمها . اما المادة ١٣ منها فتحدد الجزاء الذى يتعرض له المستفيد فى حالة اخلاله بالتزامه بالشهر المحاسبى .

(١) احكام القيود المحاسبية المتعلقة بعقود التأجير التمويلى :

٢٠٧ - تنص المادة ١٢ من لائحة ١٩٧٢ على انه فى حالة التزام المنشآت التجارية بنشر او تقديم حساب تشغيلها العام او ميزانيتها فإنه يجب عليها اذا ما لجأت الى ابرام عقود التأجير التمويلى من اجل الحصول على معدات انتاجية أو عقارات مخصصة لأغراض امتهانية :

١ - ان تظهر فى حساب التشغيل العام على نحو مستقل اقساط الاجرة المتعلقة بالعقود المذكورة ، مع التمييز بين عقود التأجير التمويلى للمنقولات وعقود التأجير التمويلى العقارى .

٢ - ان تقوم فى ملحق للميزانية وفى تاريخ التصديق عليها مجموع اقساط الاجرة التى لازالت تشغل ذمتها تنفيذا لعقود التأجير التمويلى ، ويكون ذلك تحت

بند خاص او بندين بحسب الاحوال الاول خاص بتعهدات التأجير التمويلى للمنقولات والثانى خاص بتعهدات التأجير التمويلى العقارى .

ويتضح من النص المتقدم انه يجب توافر بعض الشروط لنشؤ الالتزام بالشهر المحاسبى ، يخص بعضها منشأة المستفيد ويخص بعضها الآخر طبيعة العقود التى يتقرر الالتزام بالشهر بمناسبتها . ومن جانب آخر يفرض النص المذكور اجراء نوعين من القيود : الاول فى حساب التشغيل العام والثانى فى ميزانية المنشأة .

(ا) شروط الالتزام بالشهر المحاسبى :

٢٠٨ - ١- ان تكون منشأة المستفيد من المنشآت التجارية : لا يكون المستفيد ملتزما باجراء القيود المحاسبية المشار اليها مالم يكن مكتسبا صفة التاجر ، وذلك سواء كان فردا او شخصا معنويا . ويأتى الشرط المتقدم بالاتساق مع فرض الالتزام بمسك الدفاتر المحاسبية ومراعاة القواعد المحاسبية على المنشآت التجارية دون غيرها [١] .

٢٠٩ - ٢ - ان يكون المستفيد ملتزما بنشر او تقديم حساب التشغيل العام او الميزانية : الاصل ان حساب التشغيل العام او الميزانية من الوثائق المحاسبية التى لا يمكن للغير الاطلاع عليها الابناء على امر من القضاء تطبيقا لقواعد الاحتجاج بالدفاتر التجارية . الا ان القانون قد يفرض على بعض المنشآت بنشر الميزانية او تقديمها إلى بعض الجهات . والمثال على ذلك البنوك التى تكون ملزمة بنشر ميزانيتها ، أو التزام شركة المساهمة بتقديم ميزانيتها إلى مراقب الحسابات والشركاء والغير من خلال مكتب السجل التجارى ، أو التزام الشركات ذات الاسهم بتقديمها إلى لجان المشروعات [٢] .

ولا يعنى ذلك ان المنشآت التى تكون ملزمة بنشر او تقديم وثائقها المحاسبية هى

---

(١) BEY : De la pubilcité..., op . cit , No 22 . BACHASSON, op . cit , P . 297 No 318 .

(٢) انظر فى ذلك : PIPERT et ROBLOT , op . cit , P . 277 No 460 .

وحدها التى تكون ملزمة باجراء القيود المحاسبية الخاصة بالتأجير التمويلى فى حالة اللجوء اليه . فقد يتم تقديم هذه الوثائق اختياراً ، وغالباً ما يكون تلبية لطلب البنوك عند منحها للائتمان إلى المنشأة . ومتى قدمت الميزانية أو حساب التشغيل العام وجب اشتمالهما على القيود المحسابية التى تفرض لائحة ١٩٧٢ ورودها فيهما (١) .

٢١٠ - ٣ - ورود عقود التأجير التمويلى على المعدات الإنتاجية أو العقارات المخصصة لأغراض امتهانية : وقت ان صدرت لائحة ١٩٧٢ لم تكن عقود التأجير التمويلى الخاضعة لأحكام قانون ١٩٦٦ سوى تلك الواردة على معدات إنتاجية أو أدوات عمل أو على عقارات مخصصة لأغراض امتهانية . لذلك تؤكد المادة ١٢ من اللائحة المذكورة على أن القيود المحاسبية الواجب اجراؤها تتعلق بتلك العقود . وإذ تم اخضاع العقود الواردة على المحال التجارية والمحال الحرفية لأحكام قانون ١٩٦٦ فإن ذلك لم يتقرر الا فى عام ١٩٨٦ اى بعد تعديل لائحة ١٩٧٢ فى عام ١٩٨٣ . ولذلك سوف نعرض لخصوصية التأجير التمويلى الوارد على هذه الأموال المعنوية عند الحديث عن أحكام الشهر المحاسبى فى ظل احكام لائحة ١٩٨٣ .

(ب) القيود المحاسبية الواجب اجراؤها :

٢١١ - ١ - القيود الخاصة بحساب التشغيل العام : الاصل أنه يجوز للمنشأة تسجيل النفقات أو العوائد التى تتحقق اثناء السنة المالية مع بيان تواريخها فى حساب التشغيل العام دون حاجة إلى اجراء القيود التى تستند إلى مصدر واحد على نحو مستقل ، وذلك على اعتبار انه يتم تسجيل جميع العمليات التى تقوم بها المنشأة فى دفتر اليومية . ويترتب على ذلك أن يتم قيد اقساط الاجرة الناشئة عن عقود التأجير التمويلى بحسب تاريخ حلول آجالها ودون تمييز لها عن سائر نفقات المنشأة الاخرى التى يتم قيدها فى حساب التشغيل العام . وينتج عن ذلك صعوبة الوقوف على الاعباء المالية الناشئة عن عقود التأجير التمويلى على نحو مستقل .

لذلك فرضت لائحة ١٩٧٢ على المستفيد قيد اقساط الأجرة الناشئة عن

---

(١) CALAIS - AULOY , op . cit , No 69 .

عقود التأجير التمويلى على نحو مستقل ، مع التمييز بين عقود التأجير التمويلى للمنقولات وعقود التأجير التمويلى العقارى . ويترتب على ذلك إمكانية الوقوف على الاعباء المالية الناشئة عن هذه العقود بوجه عام تمييزاً لها عن نفقات الاستغلال الأخرى التى تتكبدها المنشأة. كما يمكن الوقوف على الاعباء المالية الناشئة عن عقود التأجير التمويلى للمنقولات وعقود التأجير التمويلى العقارى كل على حدة . وترجع أهمية التمييز بين طائفتى عقود التأجير التمويلى إلى اختلاف معدلات الأهلاك المالى التى تتبناها شركات التأجير التمويلى بوجه عام فى كلا الفرضين [1] .

٢١٢ - ٢ - القيود الخاصة بالميزانية : لا يستقيم قيد الأعباء المالية الناشئة عن التأجير التمويلى فى صلب ميزانية المنشأة . لذلك اكتفى المشرع الفرنسى بقيد ناتج حساب التشغيل العام فيها وفرض التزام على عاتق المستفيد بقيد اعباء التأجير التمويلى فى حساب التشغيل العام على النحو السالف بيانه .

الا أن تنفيذ عقود التأجير التمويلى يمتد فى الزمان ، وقد يمتد تنفيذها على مدار عدة سنوات مالية . ويترتب على ذلك أنه فى نهاية احدى السنوات المالية لازال الوفاء بجانب من اقساط الاجرة يشغل ذمة المستفيد . ولا مجال لظهور مديونية المستفيد المتعلقة باقساط الاجرة التى لم يحل اجلها بعد فى ميزانية المنشأة حيث لا يرد بها أى قيد يتعلق بالتأجير التمويلى لا فى جانب الأصول ولا فى جانب الخصوم كما ذكرنا من قبل . اما حساب التشغيل العام فلا يتضمن بداهة الا تلك الاقساط التى تم الوفاء بها خلال السنة المالية الجارية ولا يقيد بها بيان باقساط الاجرة التى لم يحل اجلها بعد .

ومع ذلك تكون مديونية المستفيد عن اقساط الاجرة المستقبلة ثابتة ، خاصة اذا تذكرنا ان مدد عقود التأجير التمويلى غير قابلة للإلغاء . ومن شأن ذلك التأثير على مركز المستفيد المالى فى السنة المالية المقبلة. فاذا اريد الاطلاع على ميزانية المنشأة للوقوف على حجم مديونية المستفيد الحقيقى يجب أن تتضمن الميزانية بياناً بمجموع

---

(١) PACE: Economie..., op. cit., p. 50. CNCF, op. Cit., p. 20.

اقساط الأجرة التى لا زالت تشغل ذمة المستفيد والتى قد تنشأ عن عقود تأجير تمويلى متعددة [١] .

وحيث أنه لا يمكن ادراج هذا البيان فى صلب الميزانية نصت لائحة ١٩٧٢ على وجوب قيده فى ملحق لها ، مع التمييز بين اقساط الاجرة الناشئة عن عقود التأجير التمويلى للمنقولات وتلك الناشئةعن عقود التأجير التمويلى العقارى .

ويفترض ادراج هذا البيان فى ملحق الميزانية ان هناك عقوداً للتأجير التمويلى لا يزال تنفيذها جارياً عند التصديق على الميزانية . لذلك تنص لائحة ١٩٧٢على أنه يجب على المستفيد تقويم ما يتبقى من اقساط الاجرة وقت التصديق على الميزانية .

وتشترط لائحة ١٩٧٢ على وجوب التأكيد عند ادراج البيان المتقدم فى ملحق الميزانية على ان القيود الخاصة باقساط الاجرة الناشئة عن عقود التأجير التمويلى للمنقولات أو عقود التأجير التمويلى العقارى قيود لا ترد فى صلب الميزانية اصلاً . ويرتفع بذلك كل لبس يمكن ان يثور لدى من يطلع على ميزانية المنشأة بين التقرير بالمديونية وعدم ثبوتها فى بنود الميزانية .

(٢) جزاء الاخلال بالالتزام بالشهر المحاسبى :

٢١٣ - طبقاً للمادة ١٣ من لائحة ١٩٧٢ يعاقب على كل مخالفة لأحكام المادة ١٢ منها بالحبس مدة تتراوح بين عشرة ايام وشهر والغرامة التى لا تقل عن اربعمائة فرنك ولا تتجاوز الف فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين . وفى حالة العود يمكن ان يصل الحد الاقصى لمدة الحبس الى سنتين والحد الاقصى للغرامة الى الفى فرنك . ولقد تم تعديل حدى الغرامة عدة مرات وصارت الآن تتراوح بين الفين وخمسمائة فرنك وخمسة آلاف فرنك ، وفى حالة العود يكون الحد الاقصى للغرامة عشرة آلالف فرنك [٢] .

---

(١) EL KRIMI , op . cit , P .20 .

(٢) BEY: Crédit -bail mobilier , Jurisclasseur Ventes commerciales , 1986, Fascicule 852 , No 18 .

وازاء عمومية نص المادة ١٣ من لائحة ١٩٧٢ تستوجب كل مخالفة لأحكام الشهر المحاسبى التى تتضمنها المادة ١٢ منها توقيع الجزاء الجنائى المقرر . ففى حالة عدم اجراء القيود المحاسبية الالزامية مطلقاً او اجرائها فى حساب التشغيل دون ملحق الميزانية، او فى حالة اجراء القيود دون التمييز بين اعباء التأجير التمويلى وغيرها من نفقات المنشأة أو دون التمييز بين عقود التأجير التمويلى للمنقولات وعقود التأجير التمويلى العقارى يتعرض المستفيد الذى يقع على عاتقه اجراء القيود المذكورة للعقوبة الجنائية المقررة .

وللقاضى الجنائى سلطة تقديرية واسعة نسبياً عند توقيع العقوبة . فله ان يحكم بعقوبة الحبس أو عقوبة الغرامة او الجمع بينهما ، كما له ان يحدد مدة الحبس ومقدار الغرامة بما يلائم ظروف ارتكاب المخالفة وجسامة الاضرار الناشئة عنها وذلك فى اطار الحدين الادنى والاقصى المقرر قانوناً للعقوبتين .

وفى حالة العود يضاعف الحد الاقصى لعقوبتى الحبس والغرامة . ويجب لتطبيق حكم العود ان تكون المخالفتان الأولى والثانية من ذات الطبيعة أى ان يكون السلوك فى الحالتين واحداً . فلو ان المخالفة الأولى تتمثل فى عدم اجراء اى قيد محاسبى على نحو ما تتطلبه لائحة ١٩٧٢ وتم توقيع العقوبة على المستفيد ، ثم فى السنة المالية التالية قام باجراء القيود المتطلبة فى حساب التشغيل العام لكنه اغفل اجراء القيد اللازم فى ملحق الميزانية لا يكون عائداً لاختلاف وجه المخالفة فى الحالتين .

٢١٤ - ولقد طعن البعض فى مشروعية نص المادة ١٣ من لائحة ١٩٧٢ الذى يقضى بفرض العقوبة الجنائية على المستفيد فى حالة اخلاله بالتزامه بالشهر المحاسبى ، وذلك استناداً إلى أن قانون ١٩٦٦ والذى صدرت لائحة ١٩٧٢ تنفيذاً له لم يعرض لثمة جزاء جنائى ولم يفوض بالتالى اللائحة فى تقرير مثل هذا الجزاء [(١)] .

---

(١) BEY : JCP 1983 II 19975 , note sous cassation commerciale , 23 février 1982 .

ومع ذلك رأينا بمعرض الحديث عن الشهر القانونى لعقود التأجير التمويلى أن المادة الأولى ـ ثالثاً من قانون ١٩٦٦ والتى اضافتها المادة الثانية من لائحة ١٩٦٧ اكتفت بارساء مبدأ خضوع عمليات التأجير التمويلى للشهر واحالت فى شأن تنظيم الشهر إلى لائحة تصدر فى هذا الشأن . وبذلك يكون المشرع قد فوض السلطة التنفيذية المختصة باصدار اللائحة المذكورة فى تنظيم الشهر من كافة جوانبه مما يشمل فرض العقوبات الجنائية فى حالة مخالفة الأحكام التى تأتى بها اللائحة .

ب) أحكام الشهر المحاسبى المعدلة بموجب لائحة ١٩٨٣ :

٢١٥ - ادخلت تعديلات جوهرية على قواعد المحاسبية العامة بموجب القانون رقم ٨٣ - ٣٥٣ الصادر فى تاريخ ٣٠ ابريل ١٩٨٣ . وعلى اثر هذه التعديلات استبدلت اللائحة الصادرة تنفيذاً للقانون الجديد احكاماً جديدة بالأحكام التى كانت تتضمنها المادة ١٢ من لائحة ١٩٧٢ فيما يتعلق بالشهر المحاسبى للتأجير التمويلى .

وجدير بالاشارة إلى ان التعديل لا يرد الا على الأحكام الخاصة بالقيود المحاسبية الواجب اجراؤها فى شأن التأجير التمويلى . اما الجزاء الجنائى المقرر لمخالفة هذه الاحكام فلا يزال سارياً ويجب اعماله فى حالة مخالفة المستفيد للأحكام الجديدة للشهر المحاسبى [١]

ويحسن قبل دراسة الأحكام الجديدة الخاصة بالتأجير التمويلى اعطاء نبذة سريعة عن اهم اوجه التعديلات التى وردت على قواعد المحاسبية العامة ، وذلك فى الحدود التى يتأتى بها فهم أحكام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى فى ظل لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ .

(أ) التعديلات الواردة على القواعد المحاسبية العامة :

٢١٦ - بموجب قانون ٣٠ ابريل ١٩٨٣ الذى يعرف بالقانون المحاسبى تم تعديل المواد من ٨ إلى ١٧ من التقنين التجارى الفرنسى ، وهى المواد التى تتضمن

---

(١) BEY: Crédit - bail immobilier , op . cit , Fasc . 651 , No 23 .

الأحكام الخاصة بالالتزام القانونى الذى يقع على عاتق التجار بمسك الدفاتر التجارية

وطبقاً لأحكام القانون المحاسبى لعام ١٩٨٣ صار التجار ملزمين بمسك نوعين من الوثائق المحاسبية : الدفاتر التجارية من جانب والحسابات السنوية من جانب آخر والدفاتر التجارية الالزامية ثلاثة : دفتر اليومية والدفتر الاستاذ ودفتر الجرد [١] . اما الحسابات السنوية فهى تلك التى تجريها المنشأة التجارية فى ختام السنة المالية على ضوء القيود المحاسبية المتضمنة فى دفتر الاستاذ من جانب وبيانات دفتر الجرد من جانب آخر [٢] . وتشمل الحسابات السنوية الميزانية وحساب ناتج الاستغلال Compte de résultat والملحق Annexe . ويدرج بحساب ناتج الاستغلال عوائد وتكاليف المنشأة اثناء السنة المالية بغض النظر عن تاريخ تحققها ، ويسمح الحساب بعد خصم مخصصات الأهلاك والاحتياطيات بتحديد ما تحقق من ربح او خسارة خلال السنة المالية . ولذلك قيل بأن حساب ناتج الاستغلال هو خلف لحساب التشغيل العام وحساب الأرباح والخسائر مجتمعين فى ظل القواعد السابقة [٣]

اما الملحق فهو من مستحدثات القانون المحاسبى الجديد ، ويتم اعداده عند تحرير حساب ناتج الاستغلال وتحرير الميزانيـة ويشكل معهما وحدة لا تقبل التجزئة . والملحق وثيقة محاسبية مكملة ومفسرة للبيانات الواردة فى حساب ناتج الاستغلال والميزانية [٤] ، بمعنى ان البيانات الواردة فى الملحق لا تتميز عن تلك الواردة فى الوثيقتين الأخريين وانما ترد فى الملحق لإجلائها واظهار مدلول القيود الواردة فيهما .

---

(١) يضم دفتر الاستاذ جميع حسابات المنشأة التى يدرج بها العمليات التى تقوم بها المنشأة طبقا لتقسيمات وظيفية والتى يعمل فى كيفية مسكها مبدأ القيد المزدوج . وحيث ان كلا من دفتر اليومية الاصلى ودفتر الاستاذ يشتملان على جميع العمليات التى تقوم بها المنشأة يكون مجموع قيم ما يتم قيده فى الدفترين واحدا .

(٢) المادة الثامنة فقرة ثالثة من التقنين التجارى الفرنسى المضافة بموجب قانون ١٩٨٣ .

(٣) HOUIN et PEDAMON : Droit commercial. Commerçants et entreprises commerciales. Concurrence et contrats de commerce , Prècis Dalloz , Paris , 9° édition 1990 , P . 222 No 194 .

(٤) المادة التاسعة من التقنين التجارى الفرنسى المعدلة بموجب قانون ١٩٨٣

ولذلك ففى كل مرة لا يكون القيد المحاسبى فى ذاته كافياً للتعبير الصادق عن مركز المنشأة لابد من استكمال البيانات فى الملحق .

٢١٧ – وينقسم حساب ناتج الاستغلال كسائر الحسابات إلى جانبين : جانب الخصوم حيث يدرج به ثلاث مجموعات من النفقات : نفقات الاستغلال والنفقات المالية والنفقات الاستثنائية ، والآخر جانب الأصول الذى يشمل بدوره ثلاث مجموعات من العوائد تقابل مجموعات جانب الخصوم : عوائد الاستغلال والعوائد المالية والعوائد الاستثنائية [١] .

اما الملحق فيتضمن جميع البيانات ذات الدلالة الهامة على مركز المنشأة المالى وعناصر ذمتها المالية ونتاج نشاطها خلال السنة المالية [٢] . الا ان تقدير مدى اهمية بيانات الملحق ليس متروكاً تماماً للمنشأة ، فهناك من البيانات ما تستوجب بعض النصوص المتفرقة ذكرها فى الملحق – ومنها المادة ١٢ من لائحة ١٩٧٢ فى شأن التأجير التمويلى كما سنعرض [٣] – كما تتضمن المادة ٢٤ من لائحة ١٩٨٣ تعداداً لاربعة وعشرين بنداً يجب ذكرها بالملحق . والتعداد المشار اليه وارد على سبيل المثال لا الحصر اذ يجب اضافة كل بيان ذى دلالة هامة على مركز المنشأة المالى ولو لم يكن من البيانات المذكورة فى المادة ٢٤ من لائحة ١٩٨٣ [٤] .

٢١٨ – ولقد اتجه المشرع الفرنسى نحو تبنى منهج مرن فى شأن كيفية مسك الحسابات السنوية آخذاً فى اعتباره تفاوت حجم المنشآت التجارية : فقد اخذ بنظام العرض المبسط للقيود المحاسبية الواردة فى الميزانية وحساب ناتج الاستغلال والملحق [٥] ،

---

(١) المادة ١٥ من لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ .

(٢) المادة ٢٤ فقرة اولى من لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ .

(٣) اما البيانات الالزامية الاخرى الواجب ذكرها فى الملحق فهى تلك المنصوص عليها فى قانون ٣٠ أبريل ١٩٨٣ ، وتلك المنصوص عليها فى المواد من ٨ الى ٢٣ من لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ ، والبيانات التى تنص عليها المادة ١٣ من اللائحة رقم ٧١ – ٥٢٧ بتايخ اول يوليو ١٩٧١ .

(٤) فى هذا المعنى : HOUIN et PEDAMON , op . cit , P 224 No 195 .

(٥) Régime de présentation simplifiée des comptes annuels .

واقر لبعض المنشآت التجارية الحق فى تبنى هذا النظام[(١)] .

ويحيل المشرع الفرنسى إلى اللائحة التنفيذية فى شأن تحديد المنشآت التجارية التى يحق لها تبنى نظام العرض المبسط . ولقد تولت المادة ١٧ من لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ تحديد الضوابط الواجب توافرها فى المنشأة فى هذا الصدد ، وقد ميزت بين العرض المبسط للقيود المحاسبية الواردة فى الميزانية وحساب ناتج الاستغلال من جهة والعرض المبسط للقيود المحاسبية الواردة فى الملحق من جهة اخرى :

ففيما يتعلق بالميزانية وحسب ناتج الاستغلال يجوز للأفراد والاشخاص المعنوية متى اكتسبوا صفة التاجر اللجوء إلى نظام العرض المبسط بشرط الا يزيد اجمالى الميزانية على تسعمائة الف فرنك ، ولا يزيد صافى رقم الأعمال على مليون وثمانمائة الف فرنك ، والايجاوز متوسط اعداد العاملين الثابتين خلال السنة المالية سبعة عاملين[(٢)] .

اما فيما يتعلق بالملحق فيجوز للاشخاص المعنوية المتمتعة بصفة التاجر اللجوء الى نظام العرض المبسط بشرط الايزيد اجمالى الميزانية على خمسة ملايين فرنك ، والا يزيد صافى رقم الأعمال على عشرة ملايين فرنك ، والا يتجاوز متوسط اعداد العاملين الثابتين خلال السنة المالية خمسين عاملا .

وفى اعقاب صدور القانون رقم ٨٤ - ١٤٨ بتاريخ أول مارس ١٩٨٤ فى شأن

---

(١) المادة العاشرة فقرة ثالثة من التقنين التجارى المضافة بموجب قانون ١٩٨٣ .

(٢) وطبقا للمادة ١٧ المعنية يقصد باجمالى الميزانية مجموع القيم الصافية لعناصر الاصول . اما صافى رقم الاعمال فيتحدد بقيمة مبيعات السلع والخدمات المرتبطة بالنشاط الجارى بعد خصم التخفيضات المقررة على المبيعات والضريبة على القيمة المضافة وكافة الضرائب الملحقة بها . ويقصد بمتوسط اعداد العاملين الثابتين خلال السنة المالية المتوسط الحسابى لاعداد العاملين الذين يرتبطون بالمنشأة بموجب عقود عمل غير محدودة المدة فى نهاية كل فصل من السنة الميلادية او من السنة المالية ان لم تكن هذه الاخيرة مطابقة للسنة الميلادية . وجدير بالاشارة الى انه لا يلزم قانونا ان تطابق السنة المالية السنة الميلادية وقد تجد بعض المنشآت المصلحة فى تحديد انتهاء السنة المالية فى تاريخ يختلف عن تاريخ ٣١ ديسمبر. فى هذا المعنى :
RIPERT et ROBLOT , op . cit , P . 272 No 447.

الصعوبات التى تواجهها المشروعات تم تعديل المادة ١٧ بند ثانيا بموجب المادة ٤٤ من اللائحة رقم ٨٥ - ٢٩٥ بتاريخ أول مارس ١٩٨٥ الصادرة تنفيذاً لهذا القانون (١) . وصار لازما لتطبيق احكام المادة ١٧ بند ثانياً من لائحة ١٩٨٣ الا يزيد إجمالى الميزانية على عشرة ملايين فرنك والا يزيد صافى رقم الأعمال على عشرين مليون فرنك . اما متوسط اعداد العاملين فلم يمسسه التعديل .

وتبين المادة ١٨ من لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ كيفية تحرير الميزانية وحساب ناتج الاستغلال طبقاً لنظام العرض المبسط للقيود المحاسبية الواردة فيهما . اما المادة ٢٦ فقرة أولى من اللائحة فتقضى بأنه لا يلتزم الافراد عند تحرير الملحق بذكر البيانات المنصوص عليها فى البنود ١٠ وما بعدها من المادة ٢٤ من اللائحة . والحكم المتقدم حكم عام يشمل الاشخاص الطبيعيين بغض النظر عن تبنيهم نظام العرض المبسط . وهذا ما يفسر عدم تحديد المادة ١٧ من اللائحة ضوابط يجب توافرها فى الأفراد للتمتع بمزايا العرض المبسط فى شأن الملحق . واخيراً تنص المادة ٢٦ فقرة ثانية من لائحة ١٩٨٣ انه لا تلتزم الاشخاص المعنوية المتمتعة بنظام العرض المبسط عند تحرير الملحق بذكر البيانات المنصوص عليها فى البنود ١٨ وما بعدها من المادة ٢٤ من اللائحة (٢) .

٢١٩ - تلك هى التعديلات الجوهرية التى ادخلها القانون المحاسبى الجديد لعام ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية على القواعد المحاسبية العامة : وجوب مسك دفتر الأستاذ إلى جانب دفترى اليومية والجرد ، وجوب مسك الحسابات السنوية التى تشمل الى جانب الميزانية حساب ناتج الاستغلال والملحق ، التمييز بين المنشآت التجارية بناء على ضباط حجمها بصفة اساسية فى شأن كيفية تحرير الحسابات السنوية : فالمشروعات الكبرى

---

(١) Journal Officiel , 5 mars 1985 , JCP 1985 III 56888 .

(٢) وبعبارة اخرى لا يكون التجار الافراد ملزمين الا بذكر البيانات الواردة فى البنود من ١ الى ٩ فى الملحق . ولا تكون الشركات التجارية المتمتعة بنظام العرض المبسط ملزمة الا بذكر البيانات الواردة فى البنود من ١ الى ١٧ . اما غيرها من الشركات التجارية فهى وحدها التى تكون ملزمة بذكر جميع البيانات المنصوص عليها فى كل البنود الاربع وعشرين من المادة ٢٤ . كل ذلك دون الاخلال بواجب ذكر البيانات التى تقضى بها النصوص المتفرقة المبينة فى المادة المذكورة .

تلتزم بجميع القواعد المحاسبية المستحدثة بينما تتمتع المشروعات الأقل حجما بنظام العرض المبسط للقيود المحاسبية الواردة فى تلك الحسابات .

وعلى ضوء هذا العرض الموجز للقواعد المحاسبية الجديدة يمكننا ان نعى ابعاد التعديل الذى ادخلته المادة ٥٣ من لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ على المادة ١٢ من لائحة ١٩٧٢ فى شأن الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى .

٢ - الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى فى ظل لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ :

٢٢٠ - جاء الفصل الخامس من لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ بالتعديل الوارد على اللائحة رقم ٧٢ - ٦٦٥ بتاريخ ٤ يوليو ١٩٧٢ فى شأن شهر عمليات التأجير التمويلى . ويتضمن الفصل المذكور مادة وحيدة هى المادة ٥٣ من اللائحة ، تستبدل الأحكام الواردة بها بالمادة ١٢ من لائحة ١٩٧٢ . وعلى ضوء هذه الأحكام اصبحت المادة ١٢ من لائحة ١٩٧٢ تحتوى على فقرتين : (أ) و (ب) .

وعلى ضوء هذه الأحكام يجب التمييز بين طائفتين من المنشآت التجارية :

الأولى : وتتمثل فى الشركات التجارية التى لا تتمتع بنظام العرض المبسط للقيود المحاسبية الواردة فى الملحق والمنصوص عليه فى المادة العاشرة فقرة ثالثة من التقنين التجارى والمادة ١٧ من لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ . ولقد رأينا ان المادة ١٧ من اللائحة المذكورة تميز بشأن الضوابط الواجب توافرها فى المنشأة بين العرض المبسط للقيود المحاسبية الواردة فى كل من الميزانية وحساب ناتج الإستغلال والعرض المبسط للقيود المحاسبية الواردة فى الملحق . ويترتب على ذلك وجوب إعمال هذه الضوابط الأخيرة لتحديد الطائفة الأولى من المنشآت التجارية المعنية بالمادة ١٢ فقرة (أ) من لائحة ١٩٧٢ .

الثانية : وتتمثل فى الشركات التجارية الأخرى والتجار الأفراد . ويقصد اذن بالشركات التجارية الأخرى تلك التى تتمتع بنظام العرض المبسط للقيود المحاسبية الواردة فى الملحق طبقا للضوابط المنصوص عليها فى المادة ١٧من لائحة ١٩٨٣ . وجدير بالاشارة إلى أنه لا يلزم بالضرورة إذا ما تقرر للشركة التجارية التمتع بنظام العرض

المبسط للقيود المحاسبية الواردة فى الملحق ان يتقرر لها التمتع بهذا النظام فى شأن القيود الواردة فى كل من الميزانية وحساب ناتج الاستغلال [1] . لكن العبرة دائما فى مجال الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى بنظام العرض المبسط للقيود الواردة فى الملحق .

كذلك يخضع التجار الأفراد لحكم المادة ١٢ فقرة (ب) بصفة مطلقة أى بغض النظر عن مدى تمتعهم بحق اللجوء إلى نظام العرض المبسط للقيود المحاسبية الواردة فى كل من الميزانية وحساب ناتج الاستغلال .

ويتضح من ذلك ان أحكام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى تختلف بحسب ما اذا كنا بصدد منشأة تجارية تندرج فى مفهوم الطائفة الأولى أو إذا كنا بصدد منشأة تجارية تندرج فى مفهوم الطائفة الثانية . وحيث ان التمييز بين المنشآت التجارية فى شأن كيفية مسك الحسابات السنوية يدور بصفة اساسية حول حجم المنشأة فلسوف نعرض لأحكام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى بالتمييز بين التزامات المنشآت الكبرى فى هذا الصدد والتزامات المشروعات الصغيرة والمتوسطة .

(أ) التزام المنشآت الكبرى بالشهر المحاسبى :

٢٢١ - تلتزم المنشآت الكبرى فى مفهوم القانون المحاسبى الجديد والتى تلجأ إلى ابرام عقود التأجير التمويلى من اجل الحصول على معدات إنتاجية او عقارات مخصصة لأغراض امتهانية بذكر البيانات المنصوص عليها فى المادة ١٢ فقرة (أ) من لائحة ١٩٧٢ ، وذلك فى الملحق الذى أتى به نص المادة الثامنة فقرة ثالثة من التقنين التجارى .

ويلاحظ بداءة ان الالتزام بالشهر المحاسبى يتعلق بعمليات التأجير التمويلى الواردة على المعدات الإنتاجية أو العقارات المخصصة لأغراض امتهانية ، حيث لم تكن

---

(١) ذلك ان الحدود القصوى لضوابط المنشأة التى يحق لها عرض قيود الملحق عرضا مبسطا اعلى من تلك المتعلقة بعرض قيود الميزانية وحساب ناتج الاستغلال . ويمكن بالتالى ان يتوافر فى المنشأة شروط العرض المبسط لقيود الملحق دون ان تتوافر فيها شروط العرض المبسط لقيود الميزانية وحساب ناتج الاستغلال .

العمليات الواردة على المحال التجارية والمحال الحرفية قد تم اخضاعها بعد لأحكام قانون ١٩٦٦ وقت ان صدرت لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ .

ومع ذلك تقضى المادة الثالثة من القانون رقم ٨٦ - ١٢ بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٦ بمد نطاق تطبيق أحكام قانون ١٩٦٦ إلى عقود التأجير التمويلى الواردة على المحال التجارية والمحال الحرفية باستثناء عقود التأجير التمويلي اللاحق التى قد ترد عليها . وبالتالى تسرى كافة أحكام قانون ١٩٦٦ ، وكذلك الأحكام التى تصدر تنفيذاً له ، على تلك العقود بما فيها الأحكام الخاصة بشهرها [1] . وبالتالى تسرى أحكام المادة ١٢ بعد تعديلها على عقود التأجير التمويلى الواردة على المحال التجارية والمحال الحرفية ولكن يجب مراعاة ان هذه الأحكام تخاطب المنشآت التجارية دون غيرها ، وهو ما لا يصدق على المستفيد الذى يلجأ إلى ابرام عقد التأجير التمويلى الوارد على محل حرفى حيث ان الفرض الغالب يتمثل فى لجوء الحرفيين إلى الحصول على محال حرفية من أجل مزاولة نشاطهم فيها .

٢٢٢ - اما عن البيانات التى يجب على المنشآت الكبرى ذكرها فى الملحق فتتمثل فيما يلى :

١ - قيمة الأموال التى يرد عليها التأجير التمويلى فى تاريخ ابرام العقد .

٢ - قيمة اقساط الاجرة التى تم سدادها خلال السنة المالية ، فضلاً عن مجموع الاقساط التى تم سدادها خلال السنوات المالية السابقة .

٣ - مخصصات إهلاك الأموال المعنية التى كان ليجريها المستفيد عن السنة

---

(١) ويتأكد ذلك بالنظر الى ماتنص عليه المادة الاولى من اللائحة رقم ٨٦ - ٥٤٧ الصادرة بتاريخ ١٤ مارس ١٩٨٦ - اى بعد صدور قانون ٦ يناير ١٩٨٦ - من فرض ثمة التزام على عاتق المستفيد الذى ابرم عقدا للتأجير التمويلى يرد على محل تجارى او محل حرفى طبقا للأوضاع المقررة فى المادة الاولى - ثالثا من قانون ١٩٦٦ ، وهى المادة التى تتضمن مبدأ شهر التأجير التمويلى . وتجدر الاشارة الى ان لائحة ١٤ مارس ١٩٨٦ صدرت تنفيذا للمادة ١١ من القانون رقم ٨٥ - ١٤٠٤ الصادر بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٨٥ ، اى قبل اسبوع واحد من تاريخ صدور قانون ٦ يناير ١٩٨٦ . وتتضمن المادة المذكور حكما ضريبيا خاصا بعقود التأجير التمويلى الواردة على المحال التجارية والمحال الحرفية ، وقد سبق لنا العرض له بمعرض الحديث عن النظام الضريبى للتأجير التمويلى .

المالية التى يحرر عنها الملحق بفرض ملكيته لها ، بالاضافة إلى مجموع مخصصات الإهلاك التى كانت لتجرى عن السنوات المالية السابقة .

٤ - مجموع اقساط الاجرة التى لازالت تشغل ذمة المستفيد وثمن تملك الأموال المعنية المتبقى والمتفق عليه ، على ان يتم تقويمها فى تاريخ التصديق على الميزانيـة .

وتقضى المادة ١٢ فقرة (أ) من لائحة ١٩٧٢ بوجوب تسجيل تلك البيانات الواردة فى البنود الأربعة بذات الكيفية التى كان ليتم تسجيلها فى الميزانية بفرض ملكية المستفيد للأموال محل التأجير التمويلى . وبخصوص البيانات الواردة فى البند الرابع يجب توزيعها بحسب ما إذا كانت آجال الأقساط لعام على الأكثر ، أو كانت تزيد على العام حتى خمسة اعوام على الأكثر ، أو كانت تزيد على الخمسة اعوام .

وحيث ان المنشآت التجارية لا تتمتع بميزة العرض المبسط للقيود المحاسبية فإنه يجب إعمال المواد ١١ و١٢ و١٣ من لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ ، وهى تحدد ما يشمله جانب الأصول فى الميزانية وما يشمله جانب الخصوم فيها من بنود[١] . وتطبيقاً لهذه الأحكام على ما يجب ذكره بالملحق من بيانات خاصة بعقود التأجير التمويلى تدرج قيمة الأموال المؤجرة فى البند الخاص بالأموال الثابتة . وتقضى المادة ١٢ بند ثانياً من لائحة ١٩٨٣ بوجوب التمييز بين الاراضى والمبانى والمنشآت الفنية والمعدات الإنتاجية ... وهذا ما يفسر ان المشرع لم يكن فى حاجة إلى اشتراط التمييز بين عقود التأجير التمويلى للمنقولات وعقود التأجير التمويلى العقارى فى صلب المادة ١٢ فقرة (أ) من لائحة ١٩٧٢ الجديدة .

وطبقاً للمادة الثامنة فقرة ثالثة من لائحة ١٩٨٣ يجب قيد مخصصات الإهلاك فى بند متميز بالأصول خصماً بين قيمة الأموال التى يجرى عنها الإهلاك.

وتنص المادة ١٣ فقرة أولى من لائحة ١٩٨٣ على تسجيل ديون المنشأة فى

---

(١) انظر فى شرح احكام هذه المواد : HOUINet PEDAMON, op. cit , No 187 et s

جانب الخصوم بالميزانية . وبالتالى يجب على المستفيد ان يراعى عند تسجيله لاقساط الاجرة التى تم سدادها ادراجها فى بند خاص فى جانب الخصوم بالملحق .

وتقضى المادة ٢٤ بند ٧ من لائحة ١٩٨٣ بأنه يجب التمييز عند قيد الديون بالملحق التمييز بين الديون التى لا تزيد آجالها على سنة والديون التى تتراوح آجالها بين سنة وخمس سنوات على الأكثر والديون التى تزيد آجالها على خمس سنوات . ونذكر بأنه يجب على جميع المنشآت التجارية مراعاة حكم المادة ٢٤ بند ٧ بغض النظر عن تصنيفها إلى منشآت كبرى أو منشآت صغيرة ومتوسطة فى مفهوم القانون المحاسبى . وحيث ان اقساط الأجرة هى ديون آجلة تشغل ذمة المستفيد فإنه يجب عليه عند قيدها فى الملحق التمييز بين الأقساط التى يستحق اداؤها قبل سنة ، وتلك التى تكون مستحقة الاداء فى مدة تتراوح بين سنة وخمس سنوات ، واخيراً الأقساط التى تكون مستحقة الاداء فى مدة تجاوز الخمس سنوات . كما يسجل ثمن التملك على ضوء الأجل المحدد لانقضاء مدة الايجار .

٢٢٣ - ويتضح من ذلك أنه فيما يتعلق بالمنشآت التجارية الكبرى التى تلجأ إلى ابرام عقود التأجير التمويلى يكفى اجراء القيود المحاسبية على هذا النحو التفصيلى المبين فى الملحق ، ولم يفرض المشرع الفرنسى اجراء قيود خاصة فى حساب ناتج الاستغلال . ولايعنى ذلك ان هذه المنشآت لن تقيد أقساط الأجرة التى تم سدادها خلال السنة المالية فى حساب ناتج الاستغلال ، رغبة منها فى خصم هذه الأعباء التى تتكبدها من وعائها الضريبى . وطبقاً للمادة ١٥/١/أ من لائحة ١٩٨٣ يجب قيد نفقات الاستغلال فى الحساب المذكور ، وتعتبر أقساط الاجرة الناشئة عن عقود التأجير التمويلى من قبيل نفقات الاستغلال [١] .

ويؤكد النهج المتقدم ان الغاية الجوهرية من الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى تكمن فى اعلام الغير من واقع اطلاعهم على الوثائق المحاسبية للمنشأة بحقيقة حجم

---

(١) HOUIN et PEDAMON, op . cit., P .223 No 194.

مديونية المنشأة . ويتحقق ذلك بالنظر إلى البيانات التفصيلية الواردة فى الملحق [1] .

(ب) التزام المنشآت الصغيرة والمتوسطة بالشهر المحاسبى :

٢٢٤ - طبقاً للمادة ١٢ فقرة (ب) من لائحة ١٩٧٢ يقع على عاتق التجار الأفراد والشركات التجارية التى تتمتع بنظام العرض المبسط للقيود المحاسبية الالتزامان الآتيان :

١ - اظهار أقساط الأجرة الناشئة عن عقود التأجير التمويلى فى حساب ناتج الاستغلال ، وذلك على نحو مستقل ومع التمييز بين عقود التأجير التمويلى للمنقولات وعقود التأجير التمويلى العقارى .

٢ - قيد مجموع ما يكون باقياً من أقساط الأجرة التى لا تزال تشغل ذمة المنشأة بموجب عقود التأجير التمويلى فى الملحق ، على ان يتم تقويمها فى تاريخ قفل الميزانية . ويجرى القيد مع التمييز بين عقود التأجير التمويلى للمنقولات وعقود التأجير التمويلى العقارى .

ويتضح من ذلك أنه فيما يتعلق بالتجار الأفراد والشركات التجارية التى تتمتع بميزة نظام العرض المبسط لم تأت لائحة ١٩٨٣ بجديد عما كان يقضى به نص المادة ١٢ الأصلى من لائحة ١٩٧٢ . الا أنه على ضوء التطور الذى طرأ على الوثائق المحاسبية ذاتها بموجب أحكام القانون المحاسبى لعام ١٩٨٣ اصبح اجراء قيد أقساط الأجرة المدفوعة فى حساب ناتج الاستغلال بدلاً من حساب التشغيل العام ، كما يتم قيد أقساط الأجرة الواجب دفعها فى الملحق الذى انشأه قانون ١٩٨٣ بدلاً من قيدها فى ملحق للميزانية ذاتها [2] . اما من حيث طبيعة القيود الواجب اجراؤها فهى واحدة

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر : GAVALDA et CREMIEUX - ISRAEL : La comptabilisation financière du crédit - bail , Gazette du Palais , 1987 , Doctrine 650 .

(٢) ويراعى انه فيما يتعلق بالقيود التى تجرى فى الملحق تتبع فى شأنها الاحكام الواردة فى المادة ٢٤ من لائحة ١٩٨٣ مع مراعاة ماتقضى به المادة ٢٦ منها بخصوص التجار الافراد والشركات التى تتمتع بميزة العرض المبسط للقيود المحاسبية . اما فيما يتعلق بالقيود التى تجرى فى حساب ناتج =

سواء فى ظل أحكام لائحة ١٩٧٢ الأصلية أو فى ظل أحكام لائحة ١٩٧٢ المعدلة بموجب لائحة ١٩٨٣ .

٢٢٥ - يمكن القول اذن ان أحكام لائحة ١٩٨٣ فى حدود ما يتعلق بالشهر المحاسبى للتأجير التمويلى لم تخرج عن الاتجاه العام فى هذا الصدد الذى رسمته لائحة ١٩٧٢ فى نصها الأصلى . فالغاية المنشودة واحدة : اظهار الاعباء الناشئة عن التأجير التمويلى فى حسابات المستفيد على نحو يسمح بتقدير حجم مديونيته على نحو صحيح ودقيق . ولم يكن من شأن لائحة ١٩٨٣ سوى جعل أحكام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى متسقة والأحكام المحاسبية العامة الجديدة التى أتى بها القانون المحاسبى لعام ١٩٨٣[١] .

ثالثا : تقدير نظام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى :

٢٢٦ - فرضت لائحة ١٩٧٢ التزاما على عاتق المستفيد باجراء القيود المحاسبية المتعلقة بالتأجير التمويلى على النحو الذى سبق لنا عرضه ، واصبح بذلك الشهر المحاسبى نظاما اجباريا يعززه فرض عقوبة جنائية فى حالة اخلال المستفيد به[٢] .

= الاستغلال فالأمر يتوقف على مدى تمتع التاجر الفرد او الشركة التجارية بميزة نظام العرض المبسط للقيود المحاسبية التى ترد فى هذا الحساب ، وذلك على ضوء ما يقضى به البند الاول من المادة ١٧ فقرة اولى من لائحة ١٩٨٣ : فإن كانت المنشأة تتمتع بالميزة المذكورة يجب اعمال الاحكام الواردة فى المادة ١٨ فقرة (ب) من اللائحة . اما ذا لم تكن المنشأة تتمتع بها فيجب العمل بالاحكام الواردة فى المادة ١٥ من اللائحة .

(١) ويجب مراعاة فى هذا الصدد ما تقضى به المادة ٢٣ من لائحة ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ . ففقرتها الاولى تقضى بوجوب قيد النفقات التى تسجل فى حسابات السنة الجارية والتى تخص سنوات مالية لاحقة فى جانب اصول الميزانية تحت البند الخاص بحسابات التسوية Comptes de régularisation ، على ان يتم تفسيرها فى الملحق مع بيان الاعباء الواجب دفعها على نحو تفصيلى . وبالتالى لا يكفى قيد اقساط الاجرة الواجب دفعها فى الملحق كما تقضى بذلك المادة ١٢ من لائحة ١٩٧٢ . بل يجب ادراجها جملة فى بند حسابات التسوية لان هذه الاقساط تخص سنوات مالية قادمة .

(٢) CALAIS - AULOY, op . cit , No 69 .

الا ان الالتزام المتقدم لا يفرض على المستفيد مالم يكن مكتسبا صفة التاجر، ذلك ان التجار وحدهم هو الملزمون بمسك الدفاتر التجارية وسائر الوثائق المحاسبية التى يفرض القانون مسكها [1] . ويترتب على ذلك ان هناك من عقود التأجير التمويلى مالا يكون محلا للشهر المحاسبى بالرغم من خضوعها لأحكام قانون ١٩٦٦ ، وهى تلك العقود التى يبرمها اشخاص لا تتوافر فيهم صفة التاجر [2] .

ومع ذلك لا يضير الغير شئ عدم شهر مثل هذه العقود محاسبيا ، حيث لا تعويل مطلقا على ادنى قيود محاسبية مادام المستفيد غير ملزم بمسك الوثائق المحاسبية اصلا. فمراد المشرع الفرنسى من الشهر الا تكون الاعباء المالية الناشئةعن التأجير التمويلى خفية فى حسابات المستفيد. فالفرض هنا ان المستفيد ملزم بمسك الوثائق المحاسبية وبالتالى يمكن التعويل عند التعامل معه على ماتتضمنه هذه الوثائق من بيانات .

٢٢٧ – ولا يعنى الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى انه يصبح فى مقدور الكافة الوقوف على حقيقة حجم مديونية المستفيد . فالشهر لا يفضى الى جواز اطلاع الكافة على الوثائق المحاسبية الخاصة بالمستفيد ، ولا زالت القواعد التجارية المضيقة من حق الغير فى الاطلاع على هذه الوثائق واجبة الاعمال [3]. ولايكون بالتالى للشهر المحاسبى سوى نطاق محدود مراعاة لوجوب الحفاظ على اسرار التجار وسرية العمليات التجارية [4] .

ومؤدى ذلك الايكون للشهر المحاسبى اهمية الا بالنسبة لطائفة محدودة من الاشخاص الذين يتعاملون مع المستفيد ، وتأتى على رأسهم البنوك التى تشترط دائما

---

(١) BACHASSON , op . cit . P 297 No 318 .

(٢) فعلى ضوء طبيعة الاموال التى ترد عليها عقود التأجير التمويلى الخاضعة لأحكام قانون ١٩٦٦ : المعدات الانتاجية ، ادوات العمل ، العقارات المخصصة لأغراض امتهانية بوجه عام ، المحال التجارية والمحال الحرفية ، لا يشترط مطلقا ان يكون المستفيد من الاشخاص الذين يحترفون القيام بالاعمال التجارية ، مع التحفظ فى شأن اتخاذ الشركة أحد اشكال الشركات التجارية .

(٣) PROMPT et REBOUL , op . cit., P. 405 .

(٤) LELOUP : JCP 1965 II 14331 bis , note précitée .

لمنح ائتمانها الاطلاع على الوثائق المحاسبية الخاصة بعملائها [1] . وقيل فى هذا الصدد ان البنوك لم تكن فى واقع الامر فى حاجة الى فرض اشهار عقود التأجير التمويلى من الوجهة المحاسبية لأن هذه المؤسسات تستطيع الحصول على كافة المعلومات المتعلقة بهذه العقود عن طريق مركز المخاطر لدى البنك المركزى الفرنسى [2] . ولئن كانت شركات التأجير التمويلى تلتزم بتقديم كافة البيانات الخاصة بالعقود التى تبرمها الى مركز المخاطر الا ان الشهر المحاسبى يسمح بالوقوف على حجم مديونية المستفيد على نحو دقيق وفى تاريخ اطلاع البنك على وثائقه المحاسبية .

ومما يؤكد ان مراد المشرع الفرنسى من فرض الالتزام بالشهر المحاسبى للتأجير التمويلى يكمن فى اعلان البنوك بصفة خاصة بحجم مديونية المستفيد الحقيقى انه فرض على المستفيد عند اجراء اى قيد خاص بالتأجير التمويلى التمييز بين عقود التأجير التمويلى للمنقولات وعقود التأجير التمويلى العقارى . ذلك انه على ضوء متوسط مدد الطائفة الاولى من العقود فانها تقترب من الائتمان متوسط الاجل فى حين انه على ضوء متوسط الطائفة الثانية من العقود فإنها تقترب من الائتمان طويل الاجل . فإذا كانت مصلحة البنوك فى الوقوف على حجم مديونية المستفيد الحقيقى تحديد طبيعة ودرجة المخاطر الناشئة عن ارتباطه بعقود تأجير تمويلى يكون مؤدى عدم التمييز محاسبيا بين عقود التأجير التمويلى للمنقولات وعقود التأجير التمويلى العقارى عدم التمييز بين المخاطر متوسطة الاجل والمخاطر طويلة الأجل [3] . وبالتالى وعن طريق التمييز بين الطائفتين من العقود يمكن الوقوف على كل من المخاطر متوسطة الأجل والمخاطر طويلة الاجل على وجه مستقل ودقيق . ومن صالح البنوك بصفة اساسية الوقوف على طبيعة المخاطر التى يكون المستفيد معرضا لها مما يؤكد ان الالتزام بالشهر المحاسبى يقترن فى نظر المشرع الفرنسى بعلاقات الإئتمان التى تنشأ بين البنوك والمستفيد .

---

(١) SOLAL : Le crédit - bail immobilier , op . cit . P . 291 .

(٢) PACE : Les particularités ..., op . cit , P .22.

(٣) BANQUE DE FRANCE . Le crédit - bail mobilier, op . cit , P . 6 .

٢٢٨ – ومنذ اللحظة التى تأسس فيها نظام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى لم يعد فى الامكان ترديد ماكان يوفره التأجير التمويلى من عدم المساس بقدرة المستفيد على الاقتراض نظرا لحياده من الوجهة المحاسبية [١] . بل انه على ضوء احكام الشهر المحاسبى تتأثر قدرة المستفيد على الاقتراض سلبا حيث تظهر فى وثائقه المحاسبية الاعباء المالية الناشئة عن جميع عقود التأجير التمويلى، مما يؤدى الى الكشف عن حجم مديونيته الحقيقى وهو يفوق بلاشك ماكانت تظهره ميزانية المستفيد قبل فرض الالتزام بالشهر المحاسبى عليه . اضف الى ذلك ان مؤدى التأجير التمويلى عدم اضافة عنصر جديد الى ثروة المستفيد طوال مدة العقد اذ لا يكون مالكا للمال المؤجر وبالتالى لا يتم قيده ضمن اصول المنشأة الثابتة ، وهو ما تعول عليه البنوك كثيرا عند منحها للإئتمان الى عملائها من التجار [٢] .

ويبلغ اثر الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى مداه فى حالة لجوء المستفيد الى ابرام عقد للتأجير التمويلى اللاحق . فبموجب هذا العقد يقوم المستفيد ببيع اصل من اصوله الثابتة الى شركة التأجير التمويلى . ويتمحض الامر اذن عن تسييل اصول من الوجهة الاقتصادية ويترتب عليه زوال قيد المال عن جانب اصول المنشأة . ومن خلال الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى فإنه فى اللحظة ذاتها التى يغيب فيها المال من اصول المنشأة تظهر فى حساباتها الاعباء الناشئة عن العقد [٣] . ويعنى ذلك ان قدرة المستفيد على الاقتراض تتأثر سلبا من زاويتين : الانتقاص من الاصول من جهة وظهور مديونيته الناشئة عن العقد من جهة اخرى .

٢٢٩ – ونشيرا اخيرا الى ما أثاره البعض من ترتب اثر مدنى هام على شهر عقد التأجير التمويلى من الوجهة المحاسبية ، مؤداه عدم جواز الاحتجاج بحكم المادة ٢٢٧٩من التقنين المدنى الفرنسى اذا كان العقد مشهرا فى حسابات المستفيد.

(١) CABILLAC, op . cit , No 4 .

(٢) GAULLIER, op . cit., P . 756 .

(٣) OHL, op . cit, P . 89 .

وتتضمن المادة المذكورة قاعدة الحيازة فى المنقول بسبب صحيح وحسن نية سند الملكية [1] . ويرى انصار هذا الرأى انه مع شهر التأجير التمويلى من الوجهة المحاسبية ينتفى شرط حسن النية فى خلف المستفيد الخاص اذ يعلم من واقع القيود المحاسبية الواردة فى حسابات المستفيد بوجود عقد التأجير التمويلى وبالتالى يعلم بانتفاء ملكية المستفيد للمنقول المتصرف فيه [2]. الا ان انصار الرأى المتقدم يخلطون فى واقع الامر بين المفهوم الخاص للشهر المحاسبى فى مجال التأجير التمويلى والمفهوم القانونى العام للشهر بوصفه وسيلة لإعلام الكافة بواقعة محددة فيمكن بالتالى الاحتجاج بها فى مواجهتهم . ولقد رأينا ان الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى لا يعنى جواز اطلاع الكافة على الوثائق المحاسبية للمستفيد التى تتضمن البيانات المتعلقة بالتأجير التمويلى وبالتالى لا يكون للشهر المحاسبى اثر موقف لترتيب آثار المادة ٢٢٧٩ من التقنين المدنى الفرنسى، ويجوز للمتصرف اليه الاحتجاج بحيازته للمنقول فى كل مرة لا يكون فى مقدوره الاطلاع على وثائق المستفيد المحاسبية. اضف الى ذلك ان المستفيد قد يتصرف فى المنقول دون ان يجرى القيود المحاسبية التى يفرض عليه القانون اجراءها مما يجعل للشهر المحاسبى للتأجير التمويلى اثر محدود من هذه الزاوية ولا يغنى باى حال من الاحوال عن اتباع اجراءات الشهر القانونى لعقد التأجير التمويلى [3] .

٢٣٠ - على ضوء دراستنا لاحكام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى تحددت لنا الغاية من هذا النظام والتى تتمثل فى امكانية الوقوف على حجم مديونية المستفيد الحقيقى من خلال الكشف محاسبيا عما يشغل ذمته من اعباء ناشئة عن عقود التأجير التمويلى . ويستهدف تحقيق هذه الغاية صالح البنوك فى المقام الاول حيث جرى العرف المصرفى على اطلاعها على الوثائق المحاسبية قبل منح ائتمانها الى عملائها .

---

(١) وجدير بالاشارة الى ان قاعدة الحيازة فى المنقول لاتسرى الا على المنقولات المادية ، وبالتالى لا يثور الفرض المتقدم الا فيما يتعلق بعقود التأجير التمويلى الى ترد على معدات انتاجية او ادوات عمل دون عقود التأجير التمويلى العقارى او تلك الواردة على محال تجارية او حرفية .

(٢) COILLOT: Initiation .., op cit, P .15 PENFORNIS et GUYE NOT, op. cit., P .15.

(٣) BEY : De la pubilicité .., op cit, No 18 .

هذا وان كنا نترك لأهل الذكر من علماء المحاسبة امر تقدير الى أى مدى تسمح القيود المحاسبية الواجب اجراؤها بتحقيق الغاية المنشودة ، الا انه يمكننا التأكيد على ان اتجاه المشرع الفرنسى الى وجوب الكشف محاسبيا عما يشغل ذمة المستفيد من أقساط الأجرة التى يأتى استحقاقها فى سنوات مالية لاحقة وذلك للوقوف على حجم مديونية المستفيد الحقيقى لدليل على اعتباره دين المستفيد باجمالى الاجرة الناشئة عن عقد التأجير التمويلى دينا واحدا يتراخى الوفاء به فى الزمان على عدة دفعات ، ولا يمثل كل قسط دينا مستقلا ينشأ عن تنفيذ العقد فى مرحلة زمنية محددة . وتبنى هذا الاتجاه فى مفهوم القانون الخاص يجعل من عقد التأجير التمويلى عقدا فوريا وليس من عقود المدة التى يملى تكييفه بوصفه ايجارا على اعتباره من هـذه الطائفة الثانيـة من العقود .

خاتمة الباب الاول :

٢٣١ - فى ختام دراستنا للتأجير التمويلى بوصفه ظاهرة قانونية يمكننا القول بأنه وسيلة مستحدثة من وسائل تمويل استثمارات المشروعات الاقتصادية ، تتميز بخاصية جوهرية تتمثل فى اكتساب شركة التأجير التمويلى ملكية الأصل الممول واحتفاظها بها طوال مدة العقد التى يلتزم خلالها المستفيد بدفع مستحقات الشركة المالية .

وتأخذ العلاقة القانونية الرئيسية التى تنشأ بين شركة التأجير التمويلى - مانحة التمويل - والمستفيد - متلقى التمويل - وصف الايجار فى مسمى الطرفين قننه المشرع الفرنسى عند تعريفه للتأجير التمويلى .

وقد نشأ عن ذلك انفصام بين تلك الطبيعة المالية للتأجير التمويلى وتكييفه القانونى بوصفة علاقة ايجارية اساسا [1] ، برزت لنا معالمه من خلال دراستنا للاطار التنظيمى العام لهذا النشاط فى فرنسا : فمن حيث النظام القانونى لمنشآت التأجير التمويلى يعتد المشرع الفرنسى بالطابع المالى لنشاط هذه المنشآت ، اما من حيث النظام الضريبى للتأجير التمويلى فقد ترك الامر كأصل عام للقواعد العامة مما جعل

---

(١) ويصف البعض هذه الظاهرة بانها بمثابة « طلاق» بين حقيقة التأجر التمويلى من الوجهة الاقتصادية وتكييفه من الوجهة القانونية : GOYET, op . cit , P . 76 No 140

النظام الضريبي المذكور يدور حول اعتبار التأجير التمويلي ايجارا ، ومن حيث نظام الشهر القانوني للتأجير التمويلي يبرز جليا اعتداد المشرع الفرنسي بدور الضمان الذى يلعبه حق الملكية فى اطار عملية التأجير التمويلي ، واخيرا ومن خلال احكام نظام الشهر المحاسبي رأينا ان المشرع الفرنسي يعتبر دين المستفيد بدفع الأجره الاجمالية الناشئة عن عقد التأجير التمويلي دينا واحدا يشغل ذمة المستفيد ، وهذا ما يتسق واعتبار التأجير التمويلي عقد تمويل ويتنافى واعتباره من قبيل عقود الايجار .

٢٣٢ - ولذلك يحق لنا فى هذا الطور من دراستنا وحتى من قبل الشروع فى تحليل عقد التأجير التمويلي التشكيك فى سلامة تكييف العقد باعتباره عقد ايجار . ولكن قيل فى هذا الصدد وعلى نحوما سوف نرى تفصيلا فيما بعد بان الايجار فى التأجير التمويلي ليس ايجارا تقليديا بل هو ايجار مالى ، يبرر طابعه المالى الخروج على الأحكام التقليدية لعقد الايجار دون ان يترتب على ذلك اعادة النظر فى تكييف عقد التأجير التمويلي بوصفه عقد ايجار[١] .

ومع ذلك يجب الا يغيب عن البال ان اعتبار العقد من قبيل الايجار كان من صنع العمل اولا ، ثم قننه المشرع الفرنسي فى تعريفه للتأجير التمويلي مع صدور قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ . ولنا ان نتساءل حول الاسباب التى ادت بالعمل الى اصباغ طابع الايجار على العلاقة الناشئة بين شركة التأجير التمويلي والمستفيد او بعبارة ادق حول المصالح التى يهدف الاطراف الى تحقيقها من وراء افراغ العلاقة فى قالب الايجار .

والاجابة على هذا التساؤل فى حدود ما تناولناه من مسائل فى هذا الباب الاول من دراستنا تبرز لنا فى المقام الاول ان قالب الايجار يسمح للملكية بان تؤتى دورها كضمان ، حيث يظل الاصل مملوكا للمؤجر طوال مدة الايجار ، فضلا عن تقرير فعالية هذا الضمان بالنظر الى موقف القضاء الفرنسي الذى يسمح دائما للمؤجر المالك باسترداد ما يملك من تفليسة المستأجر . ومن هذا المنظور يحقق قالب الايجار مصلحة

---

(١) رائد نظرية الايجار المالى فى الفقه الفرنسي هو BEY وقد عرضها تفصيلا فى مؤلفه:
De la Symbiotique dans les leasing et crédit - bail mobiliers , op . cit , P . 159 et s .

جوهرية لشركة التأجير التمويلى .

ومن الوجهة الضريبية يسمح قالب الايجار كسند لإحتفاظ شركة التأجير التمويلى بملكية الاصل باهلاكه ضريبيا مع التمتع بميزة خصم مخصصات الإهلاك من وعائها الضريبى ، وما قد يرتبط بذلك من تكوين احتياطات كامنه لها . اما بالنسبة الى المستفيد فهو يستطيع خصم كامل اقساط الاجرة من وعائه الضريبى لكنها ميزة تعادل فى واقع الامر ما كان ليجريه من خصم الفائدة ومخصصات الاهلاك الضريبى فى حالة شرائه الاصل بواسطة تمويل تقليدى . وبالتالى تتقرر المزايا الضريبية الحقيقية التى تترتب على اعتبار التأجير التمويلى من قبيل الايجار لشركة التأجير التمويلى وليس المستفيد . بل ان ما يتمتع به المستفيد من ميزة فى هذا الصدد يجد حدوده فى كل مرة يسمح التأجير التمويلى بتفادى الآثار الضريبية السلبية كما رأينا تفصيلا ، بينما تتمتع شركات التأجير التمويلى ، العقارية منها على وجه الخصوص، بمزايا ضريبية خاصة .

وبعبارة اخرى فإنه فى علاقة شركات التأجير التمويلى بالخزانة العامة يمكن لهذه الاخيرة التخلى عن بعض الحقوق المقررة لها ، ويكون الشعار فى ذلك تشجيع نشاط التأجير التمويلى والعمل على ذيوعه وازدهاره . اما فى علاقة المستفيد بالخزانة العامة فلا يجوز باى حال من الاحوال ان يسمح له التأجير التمويلى بتفادى الاعباء الضريبية المقررة . ولم تتدخل السلطات العامة الاعندما حملته شركات التأجير التمويلى العبء المالى الناشئ عن دفعها للضريبة على القيمة المضافة .

٢٣٣ - وفى المواطن التى يعتد فيها المشرع الفرنسى بالطابع المالى للتأجير التمويلى لا يكون ذلك مطلقا بالنظر الى مصالح المستفيد او بهدف تقرير بعض المزايا له : فخضوع منشآت التأجير التمويلى للنظام القانونى لوحدات الجهاز المصرفى صادف فى واقع الامر رغبة هذه المنشآت فى الافاده بسبل التمويل المتاحة فى السوق المصرفية من جانب ورغبة السلطات العامة فى فرنسا فى فرض رقابتها على نشاطها حدا لآثاره التضخمية من جانب آخر . وجاء نظام الشهر القانونى للتأجير التمويلى لضمن فعالية حق الملكية المقرر لشركة التأجير التمويلى فى مواجهة دائنى المستفيد

وخلفه الخاص ، بحيث يمتنع على الدائنين التنفيذ على الاصل المؤجر وعلى الخلف الخاص التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول . واخيرا جاءت احكام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى مراعاة لمصلحة البنوك فى تعاملها مع المستفيد بحيث لا يفيد من خفاء الاعباء الناشئة عن عقد التأجير التمويلى فى وثائقه المحاسبية . ورعاية مصالح البنوك على حساب المستفيد من الاهمية بمكان فى نظر المشرع الفرنسى الى درجة جعلته يفرض عقوبة جنائية على المستفيد فى حالة اخلاله بنظام الشهر المحاسبى .

اذن فى مجمل الأحكام القانونية المحددة للاطار التنظيمى العام لنشاط التأجير التمويلى فى فرنسا لا يكون لمصالح المستفيد اعتبار وانما يأتى تشجيع هذا النشاط عن طريق المزايا الممنوحة لشركات التأجير التمويلى اى جانب العرض دون ان يكون للمستفيد اى جانب الطلب نصيب منها .وما الحاجة فى حقيقة الامر الى منح هذه المزايا وحال لجوء المستفيد الى ابرام عقود التأجير التمويلى يعبر عن ضرورة وعن حاجة ملحة الى التمويل ؟ ليست هناك حاجة اذن الى تشجيع الطلب على التأجير التمويلى، فهو طلب مضمون بالنظر الى حاجة المشروعات الفرنسية الملحة الى الائتمان [(1)] .

واذ نحن مقدمون على دراسة النظام القانونى لعقد التأجير التمويلى نطرح سؤالا نؤجل الاجابة عليه الى نهاية الدراسة : الا تجد شركات التأجير التمويلى فى موقف السلطات العامة المناخ الملائم لفرض هيمنتها على المضمون الاتفاقى للعقد وتحقيق اقصى مدى لمصالحها من خلاله حتى وإن ادى الامر الى التعسف بمصالح المستفيد ؟

(١)حول ارتباط الطلب على التأجير التمويلى فى فرنسا بصعوبات التمويل الذى تعيشها المشروعات الفرنسية :

LUC : op. cit., P . 18 . BENDER, op . cit , P 6 et s . PACE : Technique ..., op . cit , P . A 10 et s.

الباب الثانـــى

النظام القانوني لعقد التأجير التمويلي

٢٣٤ - توصلنا على ضوء تحليلنا للتأجير التمويلى بوصفه ظاهرة قانونية الى ان حقيقة الخدمة التى تقدمها شركة التأجير التمويلى الى المستفيد ذات طابع مالى ، يميزها اكتساب الشركة و احتفاظها بملكية الاصل محل التمويل طوال مدة العقد على سبيل الضمان . ولقد رأينا الى اى مدى اعتد المشرع الفرنسى بهذه الحقيقة الجوهرية وهو بصدد تحديده للإطار التنظيمى لنشاط التأجير التمويلى .

ومع ذلك تظهر العلاقة القانونية الرئيسية التى تنشأ بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد بوصفها علاقة ايجارية . وقد لامسنا اهمية افراغ تلك العلاقة فى قالب الايجار من الوجهة الضريبية ، وبصفة خاصة بالنسبة الى شركة التأجير التمويلى .

والايجار فى صورته التقليدية سبيل لاستغلال ملكية احد الاموال عن طريق تمكين شخص آخر من الانتفاع به [١] ، ولا يعبر بحسب الاصل عن علاقة تمويل او ائتمان تنشأ بين المؤجر والمستأجر . ويترتب على ذلك ان افراغ عقد التأجير التمويلى فى قالب الايجار عمل ارادى مصطنع لا يمكن الارتكان اليه من الوجهة الموضوعية فى سبيل تحديد النظام القانونى للعقد . واذا كان الأصل انه على ضوء تكييف العلاقة القانونية يتم تعيين القواعد القانونية الواجبة التطبيق فيتحدد نظامها القانونى ، يتحتم علينا بصدد عقد الايجار التمويلى اتباع منهج عكسى . فما دمنا بصدد بناء ارادى للعلاقة يجب اولا تحديد احكامها على ضوء ما اتفق عليه طرفاها ثم على ضوء ذلك نحاول الوقوف على طبيعتها القانونية .

ولذلك نخصص الفصل الاول من هذا الباب لدارسة احكام عقد التأجير التمويلى بينما نعرض فى الفصل الثانى لطبيعته القانونية .

---

(١) PLANIOL : Traité élémentaire de droit civil, Tome 2, Librairie Ca-tillon , Paris , 2° édition 1902 , P.524 No 1675 .

الفصـــل الاول

احكام عقد التأجير التمويلى

٢٣٥ - يمر عقد التأجير التمويلى بالمراحل الطبيعية التى يمر بها العقد بوجه عام : التكوين والتنفيذ والانقضاء . لكن التأجير التمويلى كظاهرة مستحدثة يتميز ببعض عناصره الخاصة ذات الاثر فى تكوين العقد وتنفيذه بوجه خاص . فتكوين العقد يشهد لا محال تدخل طرف ثالث هو البائع او مقاول البناء ، وتدخله شرط جوهرى لوضع التأجير التمويلى موضع التنفيذ . وبالاضافة الى ذلك يكون تدخل البائع او المقاول مناسبة لتركيز الحقوق والالتزامات المتعلقة بحسن الانتفاع بالاصل المؤجر فى العلاقة بينه وبين المستفيد فتظل شركة التأجير التمويلى بمنأى عنها دون ان تتخلى رغم ذلك عن هيمنتها على اى رجوع يتقرر للمستفيد على البائع او المقاول .

ويتميز عقد التأجير التمويلى بتنظيم حقوق والتزامات الطرفين على وجه تفصيلى ودقيق . والواقع ان شركة التأجير التمويلى تنفرد بتحديد المضمون الاتفاقى للعقد ، مما يجعل العقد داخلا فى طائفة عقود الإذعان [١] . واذ يفرض العقد التزامات على عاتق طرفيه ، فإن الاخلال بتنفيذ هذه لالتزامات قد يكون مدعاة لطلب فسخ العقد ، كما يمكن الاتفاق ايضا على التقايل وفقا لما تقضى به شروطه .

وعلى ضوء ذلك نعرض فى بحث اول لتكوين عقد التأجير التمويلى ، ونعرض

---

(١) CAPORALE , op . cit , P.11. HARICHAUX- RAMU,op . cit , P. 218 N05. CROIZAT, op . cit , P. 121. FURKEL:JCP 1976 II18282, note sous cassation commerciale , 30 avril 1974. BA-CHASSbN , op . cit P. 169 No 184 . VIATTE : Crédit-bail , note sous Tribunal de Grande Instance de Bergerac, 26 mars 1969 , Journal des notaires et des avocats , article 49262, P1151. SOLAL : Le crédit - bail immobilier , op . cit , P . 99.

وقارن =BEY : De la symbiotique ..., op .cit , P .38 .CREMIEUX-

فى مبحث ثان لاثاره ، ونظرا للاشكالات العديدة التى يثيرها طلب فسخ العقد نخصص له مبحثا مستقلا .

المبحــث الاول

تكوين عقد التأجير التمويلى

٢٣٦ - مثله فى ذلك مثل كافة العقود يبرم عقد التأجير التمويلى بتلاقى ايجاب وقبول . و يتمثل الايجاب فى طلب المستفيد استئجار الاصل ، ويأتى القبول من شركة التأجير التمويلى . الا ان شركات التأجير التمويلى تتبنى ضوابط محددة لقبول التعاقد، ويتوقف اعمال هذه الضوابط على البيانات والمستندات التى يجب على المستفيد تقديمها مرفقا اياها بطلب استئجار الاصل .

ومن جانب آخر يتوقف وضع التأجير التمويلى موضع التنفيذ على تملك شركة التأجير التمويلى للأصل . ويترتب على ذلك ان الشركة لاتقبل التعاقد مالم تكن على ثقة من امكانية تملكها الأصل. لذلك يجب تحديد الموقف الذى يتخذه البائع من ابرام عقد التأجير التمويلى . اما فى حاله بناء العقار فإن تدخل مقاول انشاء المبانى لا يكون الافى اعقاب تملك شركة التأجير التمويلى للأرض مالم تكن الارض التى تقام عليها المبانى مملوكة للمستفيد . ولكن الشروع فى البناء يتوقف بداءة على انهاء الاجراءات الادارية الممهدة له ، ويأتى على رأسها الحصول على ترخيص البناء .

ISRAEL op cit, P. 274. OUERDRAOGO, op . cit , P.229 . Cour= D'Appel de Paris, 23° chambre, 6 Mars 1979 , JCP 1979 II 19212, note BEY .

المطلـب الاول

تلاقي الارادتـين في عقـد التأجير التمويلي

٢٣٧ - عندما يتوجه المستفيد الى شركة التأجير التمويلى لابرام العقد تطالبه الشركة بملاء نموذج « طلب الاستئجار » المعد سلفا من جانبها ، كما تفرض عليه تكوين ملف يحتوى على بعض المستندات التى تشترط الشركة الحصول عليها [١] .

وعلى ضوء دراسة البيانات التى يدلى بها المستفيد والمستندات التى يقدمها تتخذ شركة التأجير التمويلى قرارها اما بقبول التعاقد وإما برفضه ، وذلك على ضوء الضوابط التى تتبناها للقبول .

اولا : المعلومات الواجب تقديمها من قبل المستفيد :

٢٣٨ - طبقا لنماذج طلب الايجار يتعين على المستفيد تقديم طائفتين من المعلومات : تتعلق الاولى بمشروع المستفيد ، بينما تتعلق الثانية بالاستثمار المراد تمويله [٢] .

أ) المعلومات المتعلقة بمشروع المستفيد :

٢٣٩ - يمكن تقسيم هذه الطائفة الاولى من المعلومات الى ثلاثة اقسام: معلومات خاصة بشخص المستفيد ، ومعلومات خاصة بالاستغلال الاقتصادى ، ومعلومات ذات طابع مالى .

(١) المعلومات الخاصة بشخص المستفيد :

٢٤٠ - اذا كان المستفيد شخصا طبيعيا يجب عليه الادلاء باسمه وسنه

---

(١) CREMIEUX - ISRAEL, BEY: De la symbiotique ..., op .cit , P.29 . CHAMPAUD : JCP 1966 CI 80299, op. cit, no 12. CABRILLAC, op. cit, No 25. CAPORALE. op. cit , P. 19

(٢) BAKOUKA, op . cit , P 51 . CALAIS - AULOY , op . cit , No57 . op . cit , P. 39

وحالته الاجتماعية والنظام المالى لزواجه، ورقم قيده بالسجل التجارى ، ورقم قيده بالمركز القومى للاحصاء (INSEE) ، فضلا عن مفردات اصوله العقارية وما قد يكون ترتب عليها من رهون ، وعقود التأمين على الحياة التى يكون قد ابرمها مع تحديد اسم شركة التأمين ومبلغ التأمين .

٢٤١ - اذا كان المستفيد شخصا معنويا يجب عليه تحديد شكل الشركة واسمها ومقدار رأس المال ، ورقم قيدها بالسجل التجارى ، ورقم قيدها بالمركز القومى للإحصاء ، مع بيان اهم الشركاء فيها وتحديد اشخاص المديرين او اعضاء مجلس الادارة ، وتحديد الشخص المخول له سلطة استئجار الأصل محل العقد .

٢٤٢ - وفى كل الأحول يتعين على المستفيد ابراز تاريخ المنشأة من حيث تاريخ نشأتها وطبيعة نشاطها ، وحجمها ، وتاريخ تحويلها الى شركة ان كان له مقتض، وآخر اجراءات زيادة رأس المال ، فضلا عن تحديد البنك الذى يتعامل معه المستفيد مع تحديد رقم حساب المستفيد فيه .

(٢) المعلومات الخاصة باستغلال المنشأة :

٢٤٣ - من بين هذه المعلومات ما يتعلق بنشاط المنشأة ويجب على المستفيد الإدلاء بها الى شركة التأجير التمويلى : طبيعة النشاط ، حجم الاعمال ، العملاء الثابتين ، حجم طلبات التعاقد ، حجم الصفقات الجارى تنفيذها ، نمط الانتاج اذا كان النشاط موسميا .

٢٤٤ - ومن بينها ما يتعلق بعناصر الاستغلال فى داخل المنشأة : حجم العمالة ، مراكز الاعمال وعدد الفروع ومواقعها ، مواقع ومساحة الأراضى المملوكة للمستفيد ، فضلا عن ضرورة الادلاء بتفصيلات الاصول العقارية للمنشأة بما فيها بيان سند الحيازة والانتفاع .

(٣) المعلومات ذات الطابع المالى :

٢٤٥ - يلتزم المستفيد بان يرفق بطلب الايجار ميزانية المنشأة وحساب الاستغلال عن السنوات المالية الثلاثة السابقة على تاريخ طلب التعاقد . ويجب عليه

ايضا الادلاء بالبيانات الآتية :

(ا) النظام الضريبى للمنشأة ، وموقفها ازاء الادارة الضريبية وادارة التأمينات الاجتماعية .

(ب) القروض التى حصل عليها المستفيد ، مع بيان الاعباء المالية الناشئة عنها والضمانات التى منحها للمقرضين .

(حـ) عقود الايجار التى ابرمها المستفيد، مع بيان اسم المؤجرين وطبيعة الاموال المؤجرة واقساط الاجرة السنوية .

(د) عقود الكفالة التى ابرمها المستفيد، مع بيان طبيعة الديون المكفولة وقدرها .

(هـ) الاستثمارات المستقبلية المتوقعة، مع بيان طبيعة هذه الاستثمارات وقيمتها وسبل تمويلها المحتملة .

(و) مدى امكانية تقديم المستفيد كفالة اشخاص طبيعية او معنوية الى شركة التأجير التمويلى .

ب) المعلومات المتعلقة بالاستثمار المراد تمويله :

٢٤٦ - يمكن تقسيم هذه الطائفة الثانية من المعلومات التى يلتزم المستفيد بتقديمها الى شركة التأجير التمويلى الى ثلاثة اقسام ايضا : المعلومات الخاصة بتملك الاصل ، المعلومات الخاصة بعمره الاقتصادى ، والمعلومات الخاصة بنمط استعماله .

(١) المعلومات الخاصة بتملك الاصل المؤجر :

٢٤٧ - يجب على المستفيد اولا تعيين الاصل المراد تمويله تعيينا نافيا للجهالة، وذلك بتحديد طبيعته ونوعه ومصدر انتاجه اذا كان منقولا ، او تحديد ما اذا كان مصنعا او معملا او مكتبا او متجرا او مخزنا فى حالة العقارات .

ويجب ايضا تحديد اسم البائع وفى حالة بناء العقار تحديد اسم المهندس المعمارى او مكتب الاستشارات الهندسية التى يتولى اجراء الرسومات .

واذا كان المراد بناء العقار على ارض مملوكة للمستفيد يجب عليه تحديد تاريخ

تملكه الارض وثمن التملك والافادة بخلوها من الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية او خلوها من الحائزين .

كذلك يجب على المستفيد تحديد ثمن شراء العقار شاملا الضرائب او تحديد تكلفة بنائه .

وبالاضافة الى ذلك يجب تعيين ميعاد تسلم الاصل ، منقولا كان اوعقارا . كما يجب تحديد شروط الوفاء بالثمن او الدفعات النقدية اللازمة لتمويل مراحل البناء المختلفة .

(٢) المعلومات الخاصة بعمر الأصل الاقتصادى :

٢٤٨ - سواء تمثل الاصل المراد تمويله فى منقول او عقار يتعين على المستفيد تحديد عمره الاقتصادى المفترض ، وكذلك المدة المقررة قانونا لإهلاكه ضريبيا .

(٣) المعلومات الخاصة بنمط استعمال الاصل :

٢٤٩ - وتشمل هذه الفئة من المعلومات عدد الساعات المقدرة للاستعمال اليومى للأصل، وطبيعة الاستثمار المتحقق من خلال الانتفاع به من حيث اعتباره استعمالا مستحدثا للأصل او احلالا لأصل سبق استعماله ، واذا كان الاستعمال مستحدثا يجب على المستفيد تحديد ما اذا كان مراد المستفيد خوض انتاج سلعة جديدة او مجرد التوسع فى انتاج السلعة . كذلك ان كان الاصل عبارة عن معدة انتاجية، يجب على المستفيد تحديد الموقع الذى يراد استعمالها فيه .

٢٥٠ - وعلى ضوء هذه البيانات والمعلومات التى يقدمها المستفيد يكون فى مقدور شركة التأجير التمويلى الوقوف على كل ما يخص عميلها من جانب والاصل الذى يراد منها تمويله من جانب آخر . ويضاف اليها فضلا عن ميزانية المنشأة وحساب الاستغلال عن السنوات المالية الثلاثة السابقة على طلب التعاقد وجوب تقديم حساب استغلال مستقبلى وايصالا بالتعاقد يصدره بائع المنقول أو الرسومات الخاصة بالعقار المراد بناؤه مع بيان تكلفته المالية .

ويتضح من ذلك ان المعلومات التى تقتضى شركة التأجير التمويلى الحصول عليها تمهيدا لقبولها التعاقد لا تختلف عن تلك التى تتطلبها البنوك عند منح الائتمان الى عملائها (١) . كذلك لا تختلف طبيعة هذه المعلومات بحسب ما اذا كان المراد ابرام عقد للتأجير التمويلى للمنقولات او عقد للتأجير التمويلى العقارى الا فيما يتعلق بمحل التمويل بطبيعة الحال (٢) .

ويتأكد بذلك ان سلوك شركات التأجير التمويلى لا يختلف عن سلوك مؤسسات الائتمان بوجه عام . بل ان على ضوء الضوابط التى تتبناها لقبولها التعاقد لا يعدو التأجير التمويلى فى نظرها الا عملية تمويل يفيد منها المستفيد ويلزم بالتالى ان تستوثق من قدرة المستفيد على مواجهة الاعباء المالية الناشئة عن العقد .

ثانيا : ضوابط قبول التعاقد :

٢٥١ – عند تلقيها المعلومات المقدمة من المستفيد تعكف شركة التأجير التمويلى على دراستها وتتخذ قرارها بناء على هذه الدراسة اما بقبول التعاقد او برفضه (٣) .

وتسمح هذه الدراسة للشركة بالوقوف على المركز المالى للمستفيد (٤) فنظرا لامتداد تنفيذ عقد التأجير التمويلى فى الزمان والتزام المستفيد بأداء دفعات نقدية الى شركة التأجير التمويلى فإنها تسعى الى ضمان قدرة المستفيد على الوفاء بهذه الدفعات بعد تمام ابرام العقد (٥) .

---

(١) PACE : P ratique ..., op . cit , P . D13 . BARBE , op . cit , No 94. BEY et GAVALDA: Le crédit - bail immobilier , op . cit , P . 92 .

(٢) BEY et GAVALDA op . cit , P . 68 et s . N'DIZI , op. cit ., p. 155.

(٣) CAPORALE,op .cit ,P.20 .BANQUE DE FRANCE, op.cit , P. 2.

(٤) BOSC, op. cit , P. 22. BARBE , op .cit , P . 94

(٥) PACE : Pratique ..., op . cit., P . D 3. BEY et GAVALDA : Le crédit - bail mobilier , op . cit , P . 65 . GAUDRION , op . cit , P 172 .

ومن جانب آخر تمثل ملكية المال المؤجر الضمان الجوهرى الذى تتمتع به شركة التأجير التمويلى، وتكون معرضة لاحتمال اضطرارها الى تسويق المال اذا تم فسخ عقد التأجير التمويلى لاخلال المستفيد بالتزاماته العقدية ، وقد يحدث الا يعمل المستفيد خياره بالتملك فى نهاية مدة العقد مما يفرض على الشركة التصرف فى المال المسترد [1].

وبالتالى يمكن تصنيف الضوابط التى تتبناها شركات التأجير التمويلى لقبول التعاقد الى طائفتين : الاولى هى تلك المتعلقة بمركز المستفيد المالى بينما تتعلق الثانية بأوصاف المال المؤجر .

أ) الضوابط المتعلقة بالمركز المالى للمستفيد :

٢٥٢ - تستهدف دراسة مركز المستفيد المالى تقدير مدى السيولة النقدية المتوافرة للمنشأة ومدى ارباحيتها [2] ، وذلك ليس فقط فى وقت ابرام عقد التأجير التويلى ، انما يجب الوقوف على احتمالاتهما المستقبلية [3]. وعلى ضوء تقدير هذين العنصرين يتحدد لشركة التأجير التمويلى حجم المخاطر المرتبطة بتنفيذ العقد [4] على اعتبار ان الشركة تهدف الى استرداد رأسمالها المستثمر فى تنفيذه فضلا عن الحصول على عوائد هذا الاستثمار المالى [5] .

ويتضح من ذلك ان قياس خطر اعسار المستفيد المحتمل هو من الدراسات الجوهرية التى تجريها شركات التأجير التمويلى . ويترتب على ذلك انها تأخذ ولاشك فى اعتبارها حجم مشروع المستفيد حيث ان يسار المشروعات صغيرة ومتوسطة الحجم فى فرنسا محل شك دائم خلافا للمشروعات كبيرة الحجم [6] .

٢٥٣ - ويتحدد المركز المالى للمستفيد عن طريق قياس معدلات عديدة :

---

(١) GAULLIER , op . cit , P . 754 .
(٢) BOSC, op . cit , P 23 .
(٣) OUERDRAOGO, op . cit , P . 94 .
(٤) GAUDRION , op . cit , P. 166 .
(٥) OUERDRAOGO, op . cit , P . 87 .
(٦) BARBE, op . cit ., P 119 .

معدلات الهيكل المالى ومعدلات الارباحية ومعدلات ادارة المشروع [1] . واهم ما تستهدف شركة التأجير التمويلى الالمام به يتمثل فيما يلى :

(١) مدى بلوغ المستفيد حد التشبع الإئتمانى :

٢٥٤ - تضع المؤسسات المالية عادة حدا معينا لتقبل العملاء الائتمان ، وهو الحد الذى تقدر عنده المؤسسة ان العميل يبقى قادرا على الوفاء بالتزاماته . فإذا ما تجاوز العميل هذا الحد يكون قد بلغ حد التشبع الائتمانى ويفترض فيه عجزه عن مواجهة الاعباء المالية الناشئة عن مزيدمن الائتمان مما يبرر رفض منحه هذا الائتمان .

وتتبنى شركات التأجير التمويلى هذا الضابط الائتمانى ويتوقف قرارها بقبول التعاقد على مدى بلوغ المستفيد حد التشبع الائتمانى . ويتم قياسه عادة بمضاهاة الاعباء المالية التى تثقل عاتق المستفيد ورقم اعماله ، فإن كانت نسبة الاعباء المالية الى رقم الأعمال قد بلغت حدا محددا يخشى عنده عجز المستفيد عن مواجهة اعباء التأجير التمويلى ترفض الشركة التعاقد [2] .

(٢) معدل التدفق النقدى داخل منشأة المستفيد :

٢٥٥ - يتمثل التزام المستفيد الرئيسى فى الوفاء باقساط الاجرة ، وبالتالى يرد اداؤه الرئيسى على مبالغ نقدية . لذلك تحرص شركات التأجير التمويلى على التأكد من معدل التدفق النقدى داخل منشأة المستفيد بحيث تضمن احتكامه على نحو ثابت على قدر كاف من السيولة النقدية تسمح له بمواجهة اعباء التأجير التمويلى .

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول دراسة مركز المستفيد المالى التى تجريها شركات التأجير التمويلى :
BEY et GAVALDA : Le crédit - bail mobilier. op . cit , P. 65 et s.
PACE : Pratique ..., op . cit , P , G9 et s.

(٢) ويأخذ القياس شكل المعادلة الآتية : $\frac{\text{الاعباء المالية}}{\text{رقم الأعمال (قبل الضريبة)}}$. وتحدد الشركة نسبة محددة لهذا القياس كالربع أو الثلث ودونها تقبل التعاقد مع المستفيد ، اما اذا جاوزها فانها ترفض التعاقد .

ويتم قياس معدل التدفق النقدى عن طريق مقارنة العوائد النقدية للمنشأة بصافى اصولها الثابتة [1]. ولا يكفى اذن ان تكون اصول المستفيد كافية لتغطية اعبائه المالية بل يتعين ان يكون معدل السيولة النقدية فى المنشأة على قدر من الاهمية بحيث لا يتأثر نشاط المستفيد ويضطر الى تصفية بعض اصوله الثابتة للسداد .

(٣) مدى اربلحية منشأة المستفيد :

٢٥٦ - لا تكتفى شركات التأجير التمويلى بضمان كفاية السيولة النقدية فى منشأة المستفيد وكفاية اصوله الثابته ، وانما تحرص على التأكد من ممارسة المستفيد لنشاطه على نحو يسمح له بتغطية عوائد المنشأة لنفقاتها وتحقيقها الربح النقدى .

ويتم قياس مدى اربلحية المنشأة بمقارنة ناتج تشغيل المنشأة برقم اعمالها على نحو يسمح بتبيان آثار الاعباء المالية الناشئة عن التأجير التمويلى [2] .

(٤) العائد المتوقع من تشغيل الاصل المؤجر:

٢٥٧ - يمثل حصول المستفيد على المال المؤجر بديلا عن توظيف قدر من طاقة المنشأة المالية فى سبيل إقتناء الأصل . ومع ذلك تحرص شركات التأجير التمويلى على تقدير العائد المتوقع من تشغيل المال المؤجر داخل مشروع المستفيد على نحو

---

(١) ويأخذ القياس شكل المعادلة الآتية : $\frac{\text{العوائد النقدية}}{\text{صافى الأصول الثابتة}}$. فان كانت النسبة أكبر من واحد كان ذلك دليلاً على توافر السيولة النقدية اللازمة لمواجهة اعباء التأجير التمويلي وتقبل اذن الشركة التعاقد . اما فى الفرض العكسى أى اذا كانت النسبة أقل من واحد ترفض شركة التأجير التمويلى التعاقد .

(٢) ويأخذ القياس شكل المعادلة الآتية : $\frac{\text{ناتج التشغيل الإجمالى (دون الاعباء المالية)}}{\text{رقم الأعمال}}$

$\frac{\text{ناتج التشغيل الإجمالى (مضافاً إليه الاعباء المالية)}}{\text{رقم الأعمال}}$. ومتى اتضح لشركة التأجير التمويلى ان ناتج هذه المعادلة سلبى بالرغم من معقولية ناتج التشغيل مقارنة برقم اعمال المستفيد تمتنع الشركة عن التعاقد معه لتأكدها من ان لأعباء التأجير التمويلى آثارها الضارة على اربلحية المنشأة .

تتأكد به من تغطية العائد لأعباء التأجير التمويلى . ذلك ان المستفيد يحتسب تلك الاعباء كنفقه مالية خاصة يتوقع الوفاء بها فضلا عن نفقات مشروعه العامة من عوائد استثماراته ومنها عوائد تشغيل المال المؤجر . ولئن كانت جميع اموال المستفيد ضامنة للوفاء بديونه الا ان تأكد شركة التأجير التمويلى من تحقيق تشغيل المال المؤجر لعوائد معقولة يمثل ضمانة حقيقية بالنسبة لها [١] .

ويضاف الى ذلك ان شركات التأجير التمويلى تأخذ فى اعتبارها طبيعة المال المؤجر وارتباطه بمشروع المستفيد . ذلك ان هناك من المخاطر المالية ما ينشأ عن تشغيل اصول ذات طبيعة معينة فى مجالات محددة من الانشطة الاقتصادية [٢] ، اذ تتعرض بعض قطاعات النشاط الاقتصادى لمخاطر تفوق تلك التى تتعرض لها بعض القطاعات الاخرى نظرا لخضوعها اكثر من غيرها لآليات السوق التى لا تستطيع السيطرة على عواقبها [٣] .

وتأخذ شركات التأجير التمويلى فى اعتبارها ايضا مدى تأثير الإطار الاجتماعى العام الذى تزاول منشأة المستفيد نشاطها فى اطاره ، وذلك مثل المخاطر السياسية كالتأميم اونزع الملكية ومخاطر العمالة الناشئة عن الاضراب وظروف العمل ومعاداة الرأى العام لطبيعة نشاط المنشأة واخيرا المخاطر الاقتصادية مثل ندرة مصادر التزود بالمواد الأولية وضيق سوق السلعة او الخدمة التى ينتجها المستفيد ومخاطرها [٤] .

ب) الضوابط المتعلقة بأوصاف المال المؤجر :

٢٥٨ - ذكرنا ان شركة التأجير التمويلى قد تجد نفسها مضطرة الى اعادة تسويق المال المؤجر فى حالة استرداده لها اما بسبب فسخ عقد التأجير التمويلى واما بسبب عدم إعمال المستفيد خيار التملك المقرر له فى نهاية مدة العقد .

---

(١) FERRONNIERE et DE CHILLAZ, op. cit, No 275.
(٢) PACE : Pratique ..., op. cit, p. D4.
(٣) BOSC, op. cit, p. 22.
(٤) N'DIZI, op. cit, p. 135 et s.

ويترتب على ذلك انه على شركة التأجير التمويلى التصرف فى مال يكاد يكون استعمال المستفيد له خلال مدة العقد قد استنفد كامل طاقته التشغيلية او بالاقل استنفد قدرا كبيرا منها (١) . لذلك تسمح المعلومات الخاصة بالمال المراد استئجاره والتى تتلقاها شركة التأجير التمويلى من المستفيد بتحديد قيمته الحقيقية (٢)، ومنها تستطيع الشركة تقدير قيمته عند تسويقه اذا اضطرت الى التصرف فيه وذلك على ضوء حالته و معدل اضمحلاله الاقتصادى المتوقع (٣) . ومن هنا تبرز بصفة خاصة اهمية ادلاء المستفيد بالمعلومات الخاصة بنمط استعمال الأصل اذ تتحدد حالة الاصل عند استرداده بنمط استعمال المستفيد له .

ولذلك تميل شركات التأجير التمويلى الى قبول التعاقد متى كان العقد واردا على مال يسهل اعادة تسويقه اذا ما استردته الشركة ، خاصة وان الطابع المالى المحض لنشاطها لن يجعل لاستعمالها للاصل ادنى فائدة بالنسبة إليها : فهى تميل الى قبول التعاقد على تمويل معدات نمطية ولا تقبل التعاقد على تمويل المعدات ذات التعقيد التكنولوجى البالغ (٤) ، وتميل الى قبول تمويل المعدات التى تنتظم بشأنها سوق لبيعها مستعملة ولا تقبل عادة تمويل المعدات التى لا تتوافر بشأنها مثل هذه السوق (٥) ، واخيرا تقبل شركات التأجير التمويلى المعدات التى لا يكون معدل اضمحلالها الاقتصادى سريعا فى حين لا ترغب فى تمويل المعدات ذات معدل

---

(١) BAKOUKA, op. cit, p. 179. BACHASSON, op. cit, p. 31 No 32.

(٢) GAUDRION, op. cit, p. 168.

(٣) PACE : Economie ..., op. cit, p. 87.

(٤) LAURE : L' apport du crédit - bail aux techniques financières : L' Exemple français, Revue Banque, No 364, juillet- août 1977, p. 800. CNCF, op. cit, p. 13. CECA: La conversion industrielle en Europe, X, Le financement de la con version industrielle, Luxembourg, 1965, p. 47. OUERDRAOGO. op. cit, p. 95. BRANDELA, op. cit, p. 54. GAUDRION, op. cit, p. 146.

(٥) BAUDE DE BUNNETAT, op. cit., p. 41.

الاضمحلال الاقتصادى السريع (1) ، خاصة اذا اخذ فى الاعتبار ان سلوك المستفيد المعتاد فى حالة استئجاره مال ذى معدل اضمحلال اقتصادى سريع لسوف يتمثل فى عدم إعماله خيار التملك المقرر له ورده المال الى شركة التأجير التمويلى (2) .

٢٥٩ - كذلك فى مجال التأجير التمويلى العقارى تحرص شركات التأجير التمويلى على تحجيم المخاطر التى قد تتعرض لها فى حدود ضيقة . فهى تميل دائما نحـو قبول تمويل أبنية نمطـية يمكن استعمالها بغض النظر عن طبيعـة النشاط الذى يزاوله المستفيد ، اوبعبارة اخـرى يمكن استـخدامها فى قطاعات انشطـة مختلفة (3) . فعلى سبيل المثال يعتبر استثمار رؤوس اموال الشركة فى تملك مكاتب او مخازن اقل خطرا من استثمـارها فى تملك معمل خصص لنوع محدد من الابحاث العلمية او فى تملك مصنع معد لانتاج سلعة محددة : ففى حالة استرداد الشركة للمكتب او المخزن يمكنها التصرف فيه دون مشقة فى حين يصـعب عليها التصرف فى المعمـل او المصـنع (4) .

وفضلا عن الطابع النمطى للعقارات المبنية يكون لموقعها اثره البالغ فى توجيه قرار شركة التأجير التمويلى بقبول اورفض التعاقد (5) : فهى تقدم دون تردد على تمويل العقارات التى تقع فى المناطق الصناعية الكبرى ، وتعتبر تمويل العقارات فى مناطق متوسطة التصنيع تمويلا تكتنفه المخاطر ، واخيرا ترفض تمويل العقارات التى تقع فى المناطق الزراعيـة (6) .

---

(1) PACE : Pratique..., op. cit, p. L 4 .
(2) CAPIEZ, op. cit, p. 102. DOSSE, op. cit, p. 301.
(3) BARBE, op. cit, p. 124. SAUCEDO- POLO, op. cit, p. 72.
(4) BOSC, op. cit, p. 22. CAPIEZ, op. cit, p. 31. CABANNES BUISSON: Le crédit - bail immobilier, Hommes et Techniques, No 3 14, Décembre 1970. p. 10. 13.
(5) PACE : Pratique..., op. cit, p. D. 13.
(6) LEQUIN, op. cit, p. 40.

٢٦٠ - واذا كانت شركات التأجير التمويلى تعتد بأوصاف المال المؤجر عند اتخاذها قرارها اورفض التعاقد مع المستفيد تحسبا لاضطرارها الى التصرف فيه الا انها تعتد من جانب آخر بقيمة هذا المال وقت شرائه . ذلك انه رغبة منها فى تحقيق اقصى عائد من وراء استثماراتها قد ترفض تمويل اصول ذات قيمة مالية منخفضة فتكون تكلفة ادارة الاستثمار المالية مرتفعة جداً بالمقارنة بالعائد المنظور منه . ويجرى العمل على تحديد كل شركة لنفسها حد ادنى لقيمة الاموال التى تقبل تمويلها فيما يعرف بحدود التدخل Seuils D'intervention ، وترفض التعاقد مع المستفيد اذا كانت قيمة المال المراد تمويله تقل عن حد التدخل الذى تحدده الشركة بغض النظر عن مدى توافر كافة ضوابط منح الائتمان الاخرى فى حق المستفيد وبغض النظر من باب اولى عن مدى حاجة المستفيد الى ابرام عقد التأجير التمويلى [١] .

٢٦١ - على ضوء دراستنا للكيفية التى يتم بموجبها ابرام عقد التأجير التمويلى يتضح ان سلوك شركة التأجير التمويلى لا يختلف عن سلوك سائر المؤسسات المالية بمعرض اقدامها على منح الائتمان الى عملائها : فهى لا تتخذ قراها بقبول اورفض التعاقد الا على ضوء المعلومات التى تفرض على المستفيد تقديمها وهى ذات المعلومات التى تتطلبها البنوك عند منح الائتمان ، بل ان الضوابط التى تتبناها شركة التأجير التمويلى لقبول التعاقد هى ذات الضوابط التى تأخذها البنوك لمنح الائتمان [٢] .

ولا يختلف الأمر بحسب ما اذا كنا بصدد ابرام عقد تأجير تمويلى للمنقولات أو عقد تأجير تمويلى عقارى ، ففى كلا الفرضين لا تختلف طبيعة العملية فى نظر شركة التأجير التمويلى اذ تتمثل دائما فى عملية تمويل . ولا تدخل طبيعة المال

---

(١) PACE: Economic ..., op. cit, p. 55. BEY et GAVALDA : Le crédit-bail immobilier, op. cit, p. 98. GOYET, op. cit, p. 2 No 4. GAULLIER, op. cit, p. 753.

(٢) PACE : Pratique..., op. cit, p. D 13. BARBE, op. cit, p. 94. BEY et GAVALDA, op. cit, p. 92.

المؤجر فى الاعتبار الا بالنظر الى المخاطر التى قد تكتنف منح ائتمان الشركة الى المستفيد . فالخطر الجوهرى الذى تتعرض له الشركة يتمثل فى اعسار المستفيد المحتمل ، لذلك فإنها تحرص على التأكد من صحة المركز المالى للمستفيد وتأخذ فى اعتبارها حجم مديونته تجاه البنوك والمؤسسات المالية الاخرى على وجه الخصوص [١] . واذا كانت شركة التأجير التمويلى تتحوط من خطر اعسار المستفيد باشتراطها توافر اوصاف معينة فى المال المؤجر يسهل معها التصرف فيه الا انها تعول على صحة قرار المستفيد من اللجوء الى ابرام عقد التأجير التمويلى لاستخدام اصل محدد داخل منشأته . ذلك انه فى حالة عدم ملاءمة القرار الاستثمارى للمستفيد لحاجات مشروعه يكون لذلك اثره الضار على إرباحية المنشأة مما يزيد من خطر اعسار المستفيد فى نظر شركة التأجير التمويلى [٢] . ويترتب على ذلك رفضها لتمويل الاصل مالم تتأكد من تجاوز معدل عوائده لتكلفة رأس المال المستثمر [٣] .

٢٦٢ - ويتأكد بذلك الطابع المالى المحض للتأجير التمويلى . فهو وحده الذى يبرر ضرورة إدلاء المستفيد بجميع المعلومات المشاراليها وهو وحده المحدد لضوابط قبول شركة التأجير التمويلى التعاقد . ويجب اخذ هذه الحقيقة فى الاعتبار اذا ما اثير فى مواجهة الشركة تعسفها فى استعمال حقها فى التعاقد فى حالة رفضها ابرام العقد . لا شك ان امكانية اثارة تعسف الشركة فى استعمال حقها فى التعاقد قائمة على الاقل من الوجهة النظرية [٤] ، الا ان مختلف الضوابط التى تتبناها عادة شركات التأجير التمويلى تخول لها حرية واسعة فى قبول التعاقد او رفضه .

وجدير بالاشارة الى ان الأوصاف التى تشترط شركات التأجير التمويلى توافرها فى المال المؤجر لقبولها التعاقد تحد كثيرا بواحدة من اهم المزايا التى يقر بها الفقه

---

(١) BARBE, op. cit, p. 177.

(٢) LELOUP: JCP 1965, note précitée. CNCF, op. cit, p. 42.

(٣) LE ROUYER DE LA FOSSE, op. cit, p. 195.

(٤) CALAIS-AULOY, op. cit, No 119.

للتأجير التمويلى الا وهى حرية المستفيد فى اختيار المال المؤجر . فلقد قيل فى هذا الصدد ان من اهم ما يميز التأجير التمويلى يتمثل فيما يتسم به من مرونة كبيرة حيث لا تتدخل شركة التأجير التمويلى الا لتمويل اصل يختاره المستفيد ويحدد مواصفاته [١] ، فهو تمويل « حسب الطلب » [٢] او يسمح بانجاز استثمار « حسب الطلب » [٣] . ومع ذلك ما من شك فى ان حدود التدخل التى تأخذ بها شركات التأجير التمويلى واشتراطها نمطية المعدات او العقارات المبنية يحد كثيرا من تلك الحرية المقررة للمستفيد . ولا يعنى ذلك ان لشركة التأجير التمويلى فرض معدة او عقار من اختيارها هى على المستفيد ، فالمستفيد يتمتع بقدر من الاستقلال فى هذا الصدد يختار المعدة او العقار ويحدد مواصفاته فضلا عن مصدر الحصول عليه [٤] ولكنه يتعرض لإحتمال رفض الشركة تمويل الاصل الذى حدده المستفيد لعدم توافر الاوصاف التى تشترطها الشركة فيه مما يعد فى واقع الامر قيدا على حرية المستفيد فى الاختيار.

ومن جانب آخر اذا كانت شركات التأجير التمويلى لا تميل نحو قبول تمويل معدات غير نمطية اى تلك المعدات ذات التعقيد التكنولوچى البالغ ، وكذلك لا تميل نحو قبول تمويل المعدات ذات معدلات الاضمحلال الاقتصادى السريعة ، فإن الامر يعنى ان نشاط تلك الشركات يقتصر على تمويل معدات نمطية لا تتعرض لخطر الاضمحلال الاقتصادى سريعا او بعبارة اخرى لا يلاحقها التطور التكنولوچى المطرد . وبناء عليه لا يصح القول كما يذهب اليه جانب هام من الكتاب بأن التأجير التمويلى يمثل ضمانه جوهرية ضد خطر الاضمحلال الاقتصادى للمعدات او بأن هذا الخطر

---

(١) PACE: Pratique..., op.cit., p. G6. BRANDELA. op. cit, p. 64. CROIZAT,op. cit, p. 34. CALON: La location..., op. cit, p. 98.

(٢) CHERKAOUI, op. cit, p. 95.

(٣) CAPIEZ, op. cit, p. 94.

(٤) CREMIEUX-ISRAEL, op.cit, p. 273.CABRILLAC, op.cit, No 4.

عامل من عوامل انتشـار التأجير التمويلى [١] . ولا يمكن من باب اولى التصـديق على ما يدعيه البعض بأن للتـأجير التمويلى تأثيره المباشر على دفع معـدلات التطور التقنى [٢] ، بل انه على عكس ذلك لا يسـاعد المشروعات على ملاحقـة هذا التطـور التقنى .

المطلب الثانى

بدء سريان عقد التأجير التمويلى

٢٦٣ - على ضوء ما يرمى اليه العاقدان من عقد التأجير التمويلى يكون مقتضاه اكتساب شركة التأجير التمويلى ملكية الأصل من جانب وانتفاع المستفيد به من جانب آخر . وحيث ان اكتساب الشركة ملكية الاصل بمثابة حجر الزاوية فى مثل هذا الاتفاق فإنه يعد شرطا جوهريا لوضع الاتفاق موضع التنفيذ وذلك فى كافة فروض التأجير التمويلى بما تشمله من تأجير تمويلى لاحق [٣] .

ومع ذلك يجب التمييز فى هذا الصدد بين بدء سريان عقود التأجير التمويلى فى صورته التقليدية وبدء سريان عقد التأجير التمويلى اللاحق وما يلحق به من تأجير تمويلى مرتد . ذلك ان وضع التأجير التمويلى فى صورته التقليدية موضع التنفيذ يشهد تدخل طرف ثالث هو البائع او بانى العقار بحسب الاحوال ، فى حين ان التأجير التمويلى اللاحق يظل محصورا بين المستفيد وشركة التأجير التمويلى ولا يثير بالتالى اشكالات خاصة ببدء سريان العقد [٤] .

---

(١) PFEIFFER : Le leasing en France, op. cit, p. 24.

(٢) CHAMPAUD: JCP 1965, op. cit, No 21. GAULLIER,op. cit, p. 756.BOUDINOTet FRABOT, op. cit, p. 248 No 269. GAVAL-DA, op. cit, 2o cahier, No 96.

(٣) OHL, op. cit, p. 23.

(٤) PARLEANI, op. cit, p. 705 No 11.

وفى التأجير التمويلى فى صورته التقليدية وحيث ان شركة التأجير التمويلى لا تكتسب ملكية المال الابناء على طلب المستفيد ، وذلك سواء بالشراء او البناء ، فإن وضع العقد موضع التنفيذ يفترض امرين : الاول هو ابرام عقد البيع او اتمام عملية البناء والثانى هو استلام المستفيد للمال اما من بائعه واما من مقاول البناء . وبالرجوع الى الكيفية التى تتحقق بها عمليات التأجير التمويلى من الوجهة العملية نجد ان ابرام عقد البيع او عقد المقاولة وتنفيذه يتخللان ابرام عقد التأجير التمويلى زمنيا . ولا ادل على ذلك من وجوب إدلاء المستفيد فى طلب استئجار المال بالبيانات الخاصة بالمال ومصدر تملك شركة التأجير التمويلى له وشروطه ، مما يفترض معه سبق خوص المستفيد لمفاوضات ادت الى تحديد اوصاف المال وشروط تملكه [١] .

٢٦٤ – ولئن كانت عقود البيع او المقاولة تلعب الدور ذاته فى اطار عملية التأجير التمويلى بوصفها عقودا لازمة لوضع عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ [٢] ، الا انه يحسن بنا التمييز بين بدء سريان عقد التأجير التمويلى للمنقولات وبدء سريان عقد التأجير التمويلى العقارى لإختلاف القوالب القانونية التى تسمح ببدء سريان كل منهما . اما فيما يتعلق بالتأجير التمويلى اللاحق فإن تعاصر ابرام عقدى البيع والتأجير التمويلى من جانب وسبق حيازة المستفيد للمال من جانب آخر يجعلان بدء سريان عقد التأجير التمويلى فى تاريخ ابرام العقد دون ان يثير الامر ادنى اشكال خاص كما ذكرنا . ولذلك يقتصر حديثنا على فرضى التأجير التمويلى فى صورته التقليدية .

اولا : بدء سريان عقد التأجير التمويلى للمنقولات :

٢٦٥ – لاشك ان حاجة المستفيد الى الانتفاع بالاصل هى نقطة الإنطلاق فى انجاز عملية التأجير التمويلى بوجه عام . وفى مجال التأجير التمويلى للمنقولات يتوجه المستفيد الى البائع للوقوف على اوصاف المعدة الانتاجية المنشودة وعلى شروط

---

(١) فى هذا المعنى : GIOVANOLI, op. cit, p. 247 No 309.

(٢) انظر فى ذلك رسالتنا للدكتوراه سابق الاشارة إليها ، ص ٥٤٢ وما بعدها .

تملكها .ومع ذلك تتولى الشركة الممولة إبرام عقد البيع حيث تبقى إكتساب ملكية الأصل ويقع على عاتقها التزام بالتمويل يتمثل فى اداء الثمن الى البائع . ومن جانب آخر يهدف المستفيد الى الانتفاع بالاصل ويقع على عاتق الشركة الممولة التزام بتمكينه من ذلك ، وبالتالى ليست هنا جدوى من ازدواج عمليات التسليم من البائع الى الشركة فى خطوة اولى ثم من الشركة الى المستفيد تنفيذا لعقد التأجير التمويلى . ويمكن اختزال ذلك بتعيين المستفيد الشخص الذى يتولى استلام الأصل المبيع من البـــائع [١] .

وعلى ضوء ذلك يتعين علينا الوقوف على الكيفية التى يتحقق بها ابرام عقد البيع من جانب و كيفية تسليم المبيع من جانب آخر ، اذ يتوقف على هذين الامرين بدء سريان عقد التأجير التمويلى للمنقولات .

أ) ابرام عقد البيع :

٢٦٦ - فى اعقاب اتخاذ المستفيد قراره بالحصول على معدة انتاجية لاستعمالها فى مشروعه الاقتصادى يتوجه الى بائع هذه المعدة تمهيدا لمخاطبة احدى شركات التأجير التمويلى من اجل تمويل هذا الاستثمار [٢] . وكثيرا ما يحدث ان

---

(١) CALAIS-AULOY, op. cit, No 63.

(٢) وتجدر الاشارة فى هذا الصدد إلى الخلاف الحاد الذى ثار بين علماء ادارة الأعمال حول طبيعة قرار المستفيد باللجوء إلى ابرام عقد التأجير التمويلى : هل هو من قبيل القرارات الاستثمارية ام من قبيل قرارات التمويل ، كما ذهب البعض إلى اعتباره قراراً مختلطاً اذ يجمع القرار الواحد بين تحقيق الاستثمار وكيفية تمويله . انظر فى ذلك :

VIAL : Problèmes posés par l' analyse d' une proposition de crédit-bail, p. 11 et s. VIAL : Comment évaluer une proposition de crédit-bail, op. cit., p. 8, 9. ZISSWILLER : L'analyse financière d' une décision de crédit-bail, Analyse Financière, 4° trimestre 1977, p. 3 et s. FAHLBUSCH : La décision de crédit - bail vue par l' entreprise utilisatrice - Comparaison de quelques méthodes d' évaluation, Mémoire DESS, Analyse et Gestion Financière de =

المستفيد يخاطب البائع دون ان تكون نيته متجهة الى اللجوء الى التأجير التمويلى باحثا عن ائتمان البائع الذى قد يمنحه اياه فى سداد الثمن ، الا ان البائع يقترح عليه تمويل الشراء عن طريق شركة التأجير التمويلى فلا يجد المستفيد بدا من اللجوء الى هذا السبيل (١). ويشير البعض الى انه فى اغلب الفروض يكون البائع وسيطا فى التقاء المستفيد بشركة التأجير التمويلى (٢). ويدل ذلك على نشوء روابط تجارية بين شركات التأجير التمويلى وبائعى المعدات الانتاجية (٣). بل انه فى بعض الفروض النادرة يتولى البائعون البحث عن عملاء محتملين لشركة التأجير التمويلى (٤) ، وقد أدى ذلك بالبعض الى القول بامكانية ابرام عقد التأجير التمويلى بواسطة البائع بوصفه وكيلا عن شركة التأجير التمويلى (٥) .

٢٦٧ - أيا كان الامر ففى هذه المرحلة من مراحل عملية التأجير التمويلى لم تتدخل الشركاء الممولة بعد ولا زالت العلاقة محصورة بين المستفيد والبائع، وتدور المفاوضات بينهما حول اوصافى المعدة الإنتاجية وشروط تملكها ، ويتمتع المستفيد بلا شك بقسط وافر من حرية اختيار المعدة التى يبغى استعمالها دون تدخل من قبل شركة التأجير التمويلى (٦) . اذن تكتفى الشركة بقبول او رفض التمويل على ضوء ما تسفر عنه المفاوضات التى تجرى بين البائع والمستفيد من جانب وعلى ضوء ما

---

l'entreprise, Paris- I, 1980, p. 18 et s.

(١) CAPORALE, op. cit, p. 19. CABRILLAC, op. cit, No 29.

(٢) CREMIEUX -ISRAEL, op. cit, p. 39. CHAMPAUD: Le leasing, op. cit, No 11. APPERCE, op. cit, No 28.

(٣) LELOUP : JCP 1968 II 15504, note sous Cour d' appel d' Amiens, 2° chambre, 2o décem bre 1967.

(٤) BEY : De la symbiotique..., op. cit, p. 33.

(٥) BEY et GAVAL DA : Le crédit-bail mobilier, op. cit, p. 80.

(٦) N' DIZI, op. cit, p. 145. DERRUPPE : Droit commercial, op. cit, p. 277. BEY et GAVALDA : Le credit-bail mobilier, op. cit, p. 80. LELOUP : JCP 1968 CI 83581, note sous Cour d' appel d'Amiens, 2° chambre, 2o décembre 1967. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit, p. 57. BAKOUKA, op. cit, p. 85.

تسفر عنه دراسة مركز المستفيد المالى من جانب آخر .

ومؤدى ذلك ان تكون هذه المفاوضات قد اسفرت عن امكانية ابرام عقد البيع لحساب شركة التأجير التمويلى حتى يتسنى لها اتخاذ قرارها بقبول او رفض التمويل [١]. وبعبارة اخرى يسبق اختيار المستفيد للأصل وبائعه ابرام عقد التأجير التمويلى عادة ومع ذلك فعند ابرام هذا العقد الاخير لا يكون ابرام عقد البيع معلقا الا على ارادة الشركة الممولة اذا ما اتخذت قرارها بقبول التمويل .

٢٦٨ - ويذهب جانب هام من الفقه الفرنسى الى ان المفاوضات التى تجرى بين المستفيد والبائع تسفر عن صدور ايجاب بالبيع ملزم للبائع يتلاقى به القبول عند ارسال شركة التأجير التمويلى طلبها الى البائع بشراء الأصل لحسابها الخاص [٢] .

الا ان الأمر يفترض ان المستفيد لا يظهر امام البائع بوصفه اصيلا فى التعاقد بل ان واقعة شراء شركة التأجير التمويلى للأصل ليست محل شك فى نظر الطرفين : البائع والمستفيد . ويعنى ذلك ان طلب التعاقد الذى يبديه المستفيد لا يعدو أن يكون سوى طلب احتمالى بالشراء لن يبرمه المستفيد باسمه ولحسابه الخاص وانما سوف تبرمه الشركة الممولة باسمها ولحسابها الخاص اذا ما وافقت على التمويل [٣]. وفى هذه الحالة لا يمكن القول بابرام عقد البيع معلقا على قبول الشركة التمويل والا كان الشرط الواقف شرطا اراديا محضا لتوقفه على محض إرادة شركة التأجير التمويلى وهى الطرف الاصيل فى التعاقد مع البائع [٤] .

وفى الفرض الذى تسفر فيه المفاوضات عن ابداء المستفيد طلب احتمالى بالشراء لا يكون مسئولا فى مواجهة البائع اذا ما رفضت شركة التأجير التمويلى ابرام

---

(١) BEY : De la symbiotique..., op. cit, p. 37.

(٢) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit, p. 40. CALAIS-AULOY, op. cit, No 55. BAKOUKA, op. cit, p. 50. GAVALDA, op. cit, 1° cahier, No 1. VINCENT Et DEHAN, op. cit, p. 236.

(٣) FOURNIER, op. cit, No. 1o.

(٤) BEY: De la symbiotique..., op. cit, p. 36.

عقد البيع لرفضها تمويل استثماره [١] .

٢٦٩ – وفى بعض الأحوال لا يكتفى المستفيد بابداء طلب احتمالى بالشراء بل يتقدم بطلب منجز بالشراء . ويكون ذلك اذا ما رغب المستفيد فى ضمان حصوله على المعدة كما فى الفرض الذى لا يتبقى لدى البائع سوى نموذج وحيد من المعدة المطلوبة او اذا لم يكن فى مقدور البائع الحصول عليه من المنتج الابناء على طلب منجز بالشراء [٢] . وفى مثل هذه الفروض يظهر المستفيد امام البائع بوصفه اصيلا فى التعاقد على شراء المعدة ويتم ابرام عقد البيع بمجرد تلاقى الايجاب الصادر عن المستفيد وقبول البائع . ومع ذلك اذا كان البائع يعلم ابتداء بامكانية تدخل شركة التأجير التمويلى يصير البيع معلقا على شرط قبول الشركة التمويل ، ويكتفى الرأى الراجح بذكر بيان فى طلب الشراء يفيد ان الوفاء بالثمن سوف يتم بمعرفة شركة التأجير التمويلى [٣] ، ورغم ذلك اتجهت بعض الآراء الى وجوب ذكر شرط صريح يجعل البيع معلقا على شرط تدخل شركة التأجير التمويلى وقبولها التمويل والاعد المستفيد قد تعهد فى واقع الامر عن شركة التأجير التمويلى فى شراء الأصل مما يجعل المستفيد مسئولا عن تنفيذ عقد البيع اذا ما رفضت الشركة ابرامه لرفضها تمويل المستفيد [٤] .

طبقا للرأى الراجح اذن يكفى علم البائع بامكانية تدخل شركة التأجير

---

(١) TROCHU: note sous Cour D' appel de Rouen, 7 avril 1970, Dalloz Sirey 1970, jurisprudence 676.

(٢) CAPORALE, op. cit., P.37 GAVALDA ET STOUFFLET, op. cit, p. 650 N0. 491 bis

(٣) APPERCE, op. cit, No 32. GAVALDA, op. cit, No 9. CALAIS-AULOY, op. cit, No 121. HEMARD: Ventes, transports et autres contrats comnmerciaux, IV Crédit-bail, RTD Com, 1973, p. 326.

(٤) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit, p. 41. SOLAL: Le crédit-bail mobilier, op. cit, p. 284. GAVALDA, op. cit, No 9. Cour d' appel de Rouen, 7 avril 1970, précité.

التمويلى لكى يصير عقد البيع معلقا على شرط قبولها التمويل . ويكون ذلك من باب اولى فى الفرض الذى يقترح فيه البائع على المستفيد اللجوء الى شركة التأجير التمــويلى .

وجدير بالاشارة الى انه طبقا للقواعد العامة يكون للشرط واقفاً اكان ام فاسخا اثر رجعى اى ان اثره يستند الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام مالم يتبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام أو زواله يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط . ونرى انه على ضوء الكيفية التى يتحقق بها انجاز عملية التأجير التمويلى للمنقولات لا يستند ابرام عقد البيع الى وقت الاتفاق المبرم بين البائع والمستفيدوانما يستند الى وقت تلقى البائع لطلب شراء شركة التأجير التمويلى الأصل المبيع لحسابها الخاص [1] . ويترتب على ذلك ان شركة التأجير التمويلى لا تتحمل تبعه هلاك المعدة الذى يتحقق فى الفترة الواقعة بين تاريخ اتفاق البائع والمستفيد وتاريخ تلقى البائع لطلب الشركة بشراء المعدة الهالكة [2] . كذلك لا يتحمل المستفيد هذه التبعة لأنه فى واقع الامر اجنبى عن عقد البيع ، ولا يتحملها اذن سوى البائع ذاته .

٢٧٠ – ويتضح من العرض المتقدم انه لا يمكن اعتبار المستفيد باى حال من الأحوال قد تعاقد على شراء المعدة لحسابه الخاص مادام من المقرر ان تتدخل شركة التأجير التمويلى لتمويل الصفقة . وهذا ماتعبر عنه عقود التأجير التمويلى للمنقولات بجعلها المستفيد وكيلا عن شركة التأجير التمويلى فى اختيار المعدة وبائعها ، فيما يعرف بالوكالة الأصلية Mandat initial [3] . ولايخفى ماتتسم به هذه الوكالة من

---

(١) اذا كانت شركة التأجير التمويلى تتولى ابرام عقد البيع بنفسها أى دون وساطة المستفيد لا تكون ملزمة ازاء البائع الا من تاريخ تلقيه طلبها بالشراء : TROCHU, note précitée

(٢) جدير بالاشارة إلى أنه طبقاً للقواعد العامة فى القانون الفرنسى تنتقل تبعة هلاك المبيع دون خطأ بانتقال ملكيته من البائع إلى المشترى وليس بتسليمه إلى المشترى . انظر حكم المادة ١١٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) BEY et GAVALDA: Le crédit -bail mobilier, op. cit, p. 84.

طابع اصطناعى اذ لا تتقرر الا فى اعقاب المفاوضات التى تجرى بين البائع و المستفيد نظرا لإبرام عقد التأجير التمويلى على ضوء ما تسفر عنه تلك المفاوضات ، اى بعد اختيار المستفيد للمعدة وبائعها والوقوف على اوصافها وشروط تملكها [١] .

ولقد ثار الخلاف حول نطاق هذه الوكالة الأصلية ، فبينما ذهب البعض الى انها تقتصر على اختيار المعدة وبائعها دون ان تمتد الى ابرام عقد البيع باسم ولحساب شركة التأجير التمويلى [٢] ذهب البعض الآخر الى ان المستفيد يبرم هذا العقد الاخير نيابة عن الشركة الممولة [٣] . وما من شك ان لهذا الخلاف اثره من حيث تطبيق احكام عيوب الارادة او اثر العلم ببعض الظروف الخاصة . ولئن كان يتعين فى جميع الأحوال تطبيق القواعد العامة فى هذا الصدد لابد من تحديد ما اذا كانت شركة التأجير التمويلى تتولى امر ابرام عقد البيع بالاصالة ودون وساطة المستفيد أم أن هذا الاخير يتولى ابرام العقد نيابة عن الشركة ، اذ فى هذه الحالة الاخيرة تكون العبرة بشخص المستفيد لا الشركة عند النظر فى عيوب الارادة او فى اثر العلم ببعض الظروف الخاصة [٤] .

ولقد حسمت محكمة النقض الفرنسية هذا الخلاف بقولها ان البيع لا يكون

---

(١) GIOVANOLI, op. cit, p. 406 No 506. CAPORALE,op. cit, p. 28. CABRILLAC, op. cit, No 27.

(٢) TROCHU,note précitée . BEYet GAVALDA :Le crédit - bail mobilier, op . cit , P . 83 . BAKOUKA. op . cit , P . 62 . LUC, op .cit, P. 18. TEYSSIE,op .cit , P . 129 No 249 . DE LAUZAINGHEIN: Comptabilité et gestion de l'Entreprise, Les cours de droit, Paris, 1978, P.427 . CNCF, op . cit , P . 17 .

(٣) GIOVANOLI , op . cit , P .406 No 506 . CREMIEUX - ISRAEL, op .cit, P .41 . PACE : Technique ..., op. cit , P .B3 . CROIZAT, op . cit , P . 85 . CAPORALE, op .. cit, P . 28. SOLAL, op . cit , P 284 . DERRUPPE : Droit commercial, op . cit , P .274 .

(٤) BEY : De la symbiotique ..., op . cit , P . 179 . GAVALDA, op . cit, No 5 .

تاما الا بارسال شركة التأجير التمويلى طلب الشراء لحسابها الخاص ، بما يفيد ان الشركة تتولى بالأصالة ابرام عقد البيع دون وساطة المستفيد [١] . واذا كانت الوكالة الأصلية لا ترد الا على اختيار المعدةوبائعها فإن ذلك ينفى عن المستفيد كل احتمال انه خاض المفاوضات مع البائع من أجل ابرام صفقة لحسابه الخاص [٢] .

ومع ذلك يثور التساؤل حول الجدوى من اعتبار المستفيد وكيلا عن شركة التأجير التمويلى وحال هذه الأخيرة تتولى ابرام عقد البيع دون وساطة المستفيد . الواقع انه نظرا لأهمية ابرام عقد البيع وتنفيذه لوضع عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ تهدف الشركة الممولة من خلال الوكالة الأصلية الى جعل المستفيد يتحمل كل تبعات عدم ابرام عقد البيع . فالوكالة تفرض على المستفيد من جانب التزاما بتقديم جميع المعلومات المتعلقة بالمال وبائعه وشروط تملكه [٣] ، وذلك تطبيقا للمادة ١٩٩٣ من التقنين المدنى الفرنسى [٤] . ومن جانب آخر اذا صادف تنفيذ عقد البيع ثمة عارض يحول دون وضع الأصل تحت تصرف المستفيد مما يحول فى واقع الأمر بدء سريان عقد التأجير التمويلى يمكن لشركة التأجير التمويلى اثارة خطأ المستفيد فى تنفيذ الوكالة والرجوع عليه بتعويض جميع الأضرار التى يمكن ان تلحقها من جراء ذلك [٥] . ويزيد من الأمر حدة جعل التزام المستفيد بتنفيذ الوكالة التزاما

---

(١) Cassation commerciale,7Janvier 1981,Bulletin civil, 1981,IV,no 14.

(٢) قارن CREMIEUX - ISRAEL , op . cit , P 41 .

(٣) PACE : Pratique ..., op . cit , P . B3 .

(٤) انظر فى ذلك RODIERE : Encyclopédie Dalloz Civil , IV, No 226:

(٥) VASSEUR : Observations sous Cassation commerciale , 11mai 1982 , Dalloz 1982 Sommaire 195 . BEY : JCP 1982 II 20865, note précitée. CABRILLAC, op . cit , No 27 . RODIERE et RIVES - LANGE,op . cit , P. 414 No 333. HEMARD et BOULOC: Ventes, Transports et autres contrats commerciaux , R.T.D. Com., 1982 , P . 614 No 14.

بتحقيق نتيجة من جانب [١] واعتباره وكيلا بأجر من جانب آخر [٢].

٢٧١ - ويتسق تحديد دور المستفيد على هذا النحو وتكييف عقد التأجير التمويلي بأنه عقد ايجار . ذلك انه بمقتضى عقد الايجار تلتزم شركة التأجير التمويلي بتمكين المستفيد من الانتفاع بالمنقول مما يحتم وضعه تحت تصرفه . وهو مالا تستطيع الشركة تحقيقه مالم يتم ابرام عقد البيع وتنفيذه . ويبدو الأمر وكأن عقد التأجير التمويلي يفرض على عاتق الشركة التزاما بشراء المنقول، وخاصة ان توكيلها المستفيد في اختياره وتحديد اوصافه وشروط تملكه يفضى الى قبول هذا التصوير [٣] . ويترتب على ذلك انه فى كل حالة لا يتم فيها ابرام عقد البيع تكون شركة التأجير التمويلي قد اخلت بتنفيذ التزامها مما يمكن معه اثاره مسئوليتها في مواجهة المستفيد .

ولاشك فى صحة الحكم المتقدم اذا ما امتنعت الشركة عن شراء المنقول بعد قبولها طلب الايجار المقدم من المستفيد [٤]، ولكن الشركة تهدف الى منع اثارة مسئوليتها فى كل فرض لا يرجع فيه عدم ابرام عقد البيع لإرادتها . ولذلك فهى تحرص على التأكيد فى عقد التأجير التمويلي ان هذا العقد يبرم معلقا على شرط واقف الا وهو ابرام عقد البيع [٥] . واذا كانت شركة التأجير التمويلي لا تتخذ قرارها بقبول التمويل الا بعد دراسة متأنية للصفقة ومخاطرها فإن احتمالات رفضها شراء المنقول بعد موافقتها على التمويل ضئيلة . ومع ذلك قد يمتنع البائع عن اتمام الصفقة برجوعه فى الايجاب الصادر عنه والذى اسفرت عنه المفاوضات التى ربطت بينه وبين المستفيد . وفى كل الأحوال اذا تخلف تكوين عقد البيع يزول عقد التأجير التمويلي باثر رجعى .

---

(١) Cour d' appel de Paris, 5° chambre A , 14 fèvrier 1981, Gazette du Palais , 1981 , 1, 281 , note BEY .

(٢) BEY et GAVALDA :Le crédit - bail mobilier , op . cit , P 84 . OUERDRAOGO, op . cit , P . 210 .

(٣) PACE : Pratique ..., op .cit , P. B 3 .

(٤) CALAIS - AULOY. op . cit , No 118 .

(٥) BEY et GAVALDA : Le crédit - bail immobilier , op . cit , P 107 .

وقد يترتب على زوال عقد التأجير التمويلي الاضرار بالشركة الممولة ، وسواء كان تخلف تكوين عقد البيع يرجع الى المستفيد او البائع يكون المستفيد مسئولا عن تعويض الأضرار التى لحقتها استنادا الى خطئه فى تنفيذ الوكالة اى خطئه فى اختيار المعدة او بائعها . ولذلك قيل بحق انه بالرغم من الطابع الاصطناعى للوكالة الأصلية فى اطار عقد التأجير التمويلى [١] الا انها تعد لبنة جوهرية فى بناء آليات التأجير التمويلى يترتب على انكارها هدم هذا البناء [٢].

٢٧٢ - وفى بعض الأحوال يتطلب شراء المنقول اتخاذ بعض الاجراءات لدى الجهات الادارية المعنية واداء رسوم مقررة على البيع . وتقوم شركة التأجير التمويلى بتوكيل المستفيد فى إتخاذ هذه الإجراءات وأداء تلك الرسوم [٣]، فيما يعرف بالوكالة

---

(١) فى الغالب يسبق اختيار المستفيد للمعدة وبائعها ابرام عقد التأجير التمويلى ، وبالتالى ففى هذه المرحلة تجهل الشركة مجرد وجوده مما يتنافى و القول بتوكيلها اياه (LELOUP : JCP 1973 II 17300 note sous cassation commerciale , 3 janvier 1972. (CABRILLAC, op .cit , No 27 . ولقد حاول البعض تبرير ذلك بان المستفيد اول الامر هو فضولى عن الشركة ثم تنقلب الفضالة الى وكالة باثر رجعى لتمام ابرام عقد التأجير التمويلى. وقال البعض الأخر بالاثر الرجعى للوكالة دون اعتبار المستفيد مع ذلك فضوليا (CAPORALE, op .cit , P . 36 .) . وذهب رأى مرجوح الى ان المستفيد يتعاقد مع البائع على شراء المعدة ويقترن به اتفاق على تجديد الالتزام بتغيير شخص المدين يكون معلقا على قبول التمويل من قبل شركة التأجير التمويلى (CROIZAT,op . cit , P. 86) وينعى البعض على الوكالة الاصلية ورودها على عمل مادى يتمثل فى اختيار المعدة وبائعها وليس على عمل قانونى (SOLAL, op . cit , P . 284) . ومع ذلك يذهب اتجاه فى الفقه الفرنسى الى انه يمكن للارادات الخاصة التأثير على قالب الوكالة باسقاط احد عناصر تكييفها فيصح ورودها على عمل مادى محض (TERRE : L' influence de la volonté individuelle sur les qualifications,LGDJ, Paris,1956, P.116 No 123 .) . ويشير البعض الى غياب عنصر الاجر فى الوكالة الأصلية (CROIZAT, op .cit, P .83) . ومع ذلك يكفى ان تكتنف الوكالة مصلحة تجارية لنفى صفة التبرع عنها (DE JUGLART et IPPOLITO , op . cit , P . 97 No 20 - 2.)

(٢) GOYET, op . cit , P . 91 No 163 .

(٣) CALAIS - AULOY , op . cit , No 101 .

الادارية Mandat administratif [1] . فعلى سبيل المثال اذا كان عقد التأجير التمويلى واردا على احدى السيارات يتخذ المستفيد لحساب شركة التأجير التمويلى جميع الاجراءات اللازمة ازاء ادارة المرور[2]. ويتحمل المستفيد جميع النفقات التى يتطلبها اتخاذ هذه الاجراءات كما يلتزم باداء الرسوم التى قد تكون مقـررة [3] .

وترتبط جل هذه الاجراءات بواقعة اكتساب شركة التأجير التمويلى ملكية المنقول واحتفاظها بها طوال مدة الايجار، ويؤدى اتخاذها بموجب الوكالة الادارية الى اضافة آثارها الى شخص الأصيل اى شركة التأجير التمويلى وتظل بالتالى مسئولة تجاه الجهات الادارية المنية عن تلك الالتزامات القانونية التى لا يتم تنفيذها الا لحسابها الخاص [4].ومع ذلك اذا اثيرت مسئولية الشركة الممولة عن الاخلال باتخاذ الاجراءات اللازمة تستطيع بدورها اثارة مسئولية المستفيد استنادا الى خطئه فى تنفيذ الوكالة الادارية .

وقد يفرض القانون فى بعض الأحوال جزاء جنائيا لعدم اتخاذ احد هذه الاجراءات . ويراعى فى هذا الصدد انه متى كان القانون يفرض اتخاذ ثمه اجراء على عاتق شخص لتمتعه بصفة محددة كصفة المالك مثلا فإنه لا يستطيع تحويل المسئولية الجنائية الناشئة عنها الى شخص آخر بموجب التزام تعاقدى يلزمه باتخاذ الاجراء ، وبالتالى لا تستطيع شركة التأجير التمويلى إعمالا لمبدأ شخصية الجريمة نقل عبء العقوبة الجنائية الى المستفيد[5]. لذلك يحسن بها ان تتخذ بنفسها الاجراء فى مثل هذه الأحوال على ان يتحمل المستفيد جميع النفقات الناشئة عنه .

ونشير اخيرا فى هذا الصدد الى انه فى بعض الفروض يفرض القانون اتخاذ

---

(١) CABRILLAC , op . cit , No 80 .

(٢) BEY : De la symbiotique ...., op . cit , P 129 .

(٣)ولا مجال اذن لإعمال حكم المادة ١٩٩٩ من التقنين المدنى الفرنسى التى تلزم الموكل برد جميع المصروفات التى تكبدها الوكيل فى سبيل تنفيذ الوكالة .

(٤) CABRILLAC,op . cit , No 83 .

(٥) CALAIS - AULOY,op .cit ,N°1o1.وانظر فى انتقاد مايذهب اليه القضاء الفرنسى فى هذا الصدد : BEY : De la symbiotique ..., op , cit P . 129 et s.

بعض الاجراءات على كل من مالك المنقول ومن يتولى استغلاله اذا ما انفصل شخص المستغل عن شخص المالك . وابرز مثل على ذلك تأجير السفن والطائرات. فالإلتزام بتسجيل السفينة فى سجل السفن او تسجيل الطائرة فى سجل الطائرات يقع على عاتق المالك ، وبالتالى اذا كان عقد التأجير التمويلى يرد على سفينة او طائرة فإن المستفيد يتخذ اجراءات التسجيل نيابة عن شركة التأجير التمويلى تنفيذا للوكالة الادارية . ولكن متى كان القانون يفرض على مجهز السفينة او مستغل الطائرة اتخاذ بعض الاجراءات فإن المستفيد يلتزم باتخاذها لا بالنيابة عن الشركة الممولةوانما بوصفه التزاما يقع على عاتقه حيث ان الايجار فى اطار التأجير التمويلى الوارد على سفينة او طائرة هو ايجار للسفينة غير مجهزة او ايجار للطائرة عارية مما يكسب المستفيد صفة المجهز او المستغل بحسب الأحوال [١] .

٢٧٣ – وعلى ضوء ما تقدم يتضح لنا ان ابرام عقد البيع عنصر ضرورى لوضع عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ ، تتولاه شركة التأجير التمويلى مباشرة مع البائع ويبقى المستفيد قانونا خارج دائرة تكوين العقد . الا ان تمام ابرام البيع ليس حتميا وتفاديا لاشكالات فسخ عقد التأجير التمويلى الذى سبق تكوينه فى حالة تخلف عقد البيع يتقرر تعليق ابرام العقد الاول على تمام ابرام العقد الثانى . وتبقى شركة التأجير التمويلى مع ذلك بمنأى عن جميع الأضرار التى قد تنشأ عن تخلف تكوين عقد البيع اذ بتوكيلها المستفيد فى اختيار المنقول وبائعه تستطيع اثاره مسئولية المستفيد استنادا الى خطئه فى تنفيذ الوكالة فيلتزم بتعويض الشركة عن جميع الأضرار التى قد تلحقها .

ومع ذلك لا يكفى ابرام عقد البيع لوضع عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ وانما لابد من تنفيذه وبصفة خاصة تنفيذ البائع التزامه بتسليم المنقول . وقد يعترض التسليم بعض العوائق التى تحول دون بدء سريان عقد التأجير التمويلى . فيجدر بنا العرض للأحكام الاتفاقية التى يواجه بها الاطراف مثل هذه العوائق .

---

(١) انظر فى ذلك : BEY : De la symbiotique ..., op . cit , P . 127 .

ب) تسليم المنقول المبيع :

٢٧٤ – بمعرض التصوير للتأجير التمويلي للمنقولات كما يعرض في العمل في فرنسا ذكرنا ان البائع يقوم بتسليم المنقول مباشرة الى المستفيد بالرغم من ان هذا الأخير يعد اجنبيا عن عقد البيع . ومن الوجهة العملية هذا التنظيم الاتفاقى للكيفية التي يتحقق بها تسليم المنقول تبرره مقاصد الأطراف المختلفة : فغاية المستفيد الانتفاع بالاصل وينتظر بالتالى تسلمه ولا يضيره تسلمه من البائع مباشرة بدلا من تسلمه من شركة التأجير التمويلى ، بل ان الاستلام من البائع فيه اقتصاد للوقت اذ لا يلزم المستفيد انتظار تسليم المنقول الى الشركة ثم التوجه اليها ليتسلمه منها. وتتدخل شركة التأجير التمويلى لتمويل الصفقة فحسب ولا تعنيها المسائل الفنية المتعلقة بتنفيذها ، وعن طريق تكليف المستفيد باستلام المنقول مباشرة من البائع تظل بمنأى عن الاشكالات التى قد تثور بمناسبة التسليم وتبقى قابعة فى دورها التمويلى البحت [1] . اما عن البائع وقد تصرف فى المنقول بالبيع فإنه يلتزم بتسليمه وفاء بما يشغل ذمته ، ولايضيره تسليم المبيع الى شخص آخر غير المشترى طالما كان بيده سند قانونى للاستلام يتمثل فى تكليف المشترى اى شركة التأجير التمويلى للمستفيد باستلام المبيع .

٢٧٥ – وتقضى عقود التأجير التمويلى بانه على المستفيد تسلم المنقول من البائع على نفقته وتحت مسئوليته وهو يقوم بالاستلام لحسابه الخاص من جانب وبوصفه وكيلا عن شركة التأجير التمويلى من جانب آخر [2] . وتعرف هذه الوكالة فى الاستلام بالوكالة التبعى Madat Accessoire تمييزا لها عن الوكالة الاصلية [3] .

---

(١) HARICHAUX - RAMU, op . cit , P . 213 No2 .

(٢) BEY : Da la symbiotique ..., op . Cit., .P.94 . BEY et GAVALDA : Le crédit - bail mobilier, op .cit , P . 28 .CREMIEUX - ISRAEL, op . cit , P . 59 .CABRILLAC, op .cit , No 28 . CALAIS - AU-LOY , op . cit , No 69 . HARICHAUX - RAMU, op . cit , P . 216 No3 . BAKOUKA, op . cit , P . 63 .

(٣) BEY : De la symbiotique ..., op .cit , P . 94

ومؤدى الحكم المتقدم ان المستفيد يتسلم المنقول بوصفه مستأجرا تنفيذا لعقد التأجير التمويلى ويتسلمه نيابة عن شركة التأجير التمويلى تنفيذا لعقد البيع [1]. وبعبارة اخرى يتحقق بتمام تسلم المستفيد للمنقول تنفيذ التزام البائع بالتسليم الناشئ عن عقد البيع وتنفيذ التزام الشركة الممولة بالتسليم الناشيء عن عقد التأجير التمويلى .

وينتج عن ذلك انه على المستفيد القيام بجميع الاعمال اللازمة لاستلام المنقول ، ويقوم بمعاينة المبيع للوقوف على حالته الظاهرة وكشف ما قد يعتريه من عيوب ظاهرة .

ويجب على المستفيد الالتزام بكل ما يفرضه عقد التأجير التمويلى على عاتقه فى هذا الصدد ، ومؤدى ذلك التزامه بتحرير محضر بالاستلام يوقعه كل من البائع والمستفيد ويثبت فيه مطابقة المنقول محل التسليم للمبيع المعين فى طلب الشراء الذى تقدمت به شركات التأجير التمويلى الى البائع بناء على الأوصاف التى حددها لها المستفيد فضلا عن بيان خلوه من العيوب الظاهرة [2] .

ولمحضر الاستلام اهمية جوهرية فى معرض التأجير التمويلى : فمن جانب لا تقوم الشركة الممولة بدفع الثمن الاعند تلقيها المحضر مرفقا به ايصال نهائى بالثمن وما يلحق به من ضريبة على القيمة المضافة [3]. ومن جانب آخر يقضى عقد التأجير التمويلى بان تحرير محضر الاستلام او الامتناع عن تحريره رغم الاستلام لدليل قاطع على معرفة المستفيد بحالة المنقول وقبوله على الحالة التى تسلمه عليها [4].

اما اذا اتضح للمستفيد عدم مطابقة المنقول لما اشتمل عليه طلب شركة التأجير

---

(١) CALAIS - AULOY , op . cit , No 63 .

(٢) CROIZAT, op . cit , P .96 . BEY : De la symbiotique ..., op . cit , P. 28. HARICHAUX - RAMU , op . cit , P . 216 No 3 .

(٣) BEY : De la symbiotique..., op. cit , P.105 .CREMIEUX - IS-RAEL, op. cit , P. 42 . CALAIS - AULOY, op . cit ,No 24 .

(٤) BEY: JCP 1987 II 20 865, note sous Cour d' appel de Dijon,1° cham-bre,2 septembre 1986 .

التمويلى بالشراء او كانت به عيوب ظاهرة تنقص من قيمته او تحول دون استعماله فى الوجه المخصص له فإنه على المستفيد الامتناع قطعياً عن تسلمه والا كان مسئولاعن ذلك فى مواجهة شركة التأجير التمويلى . ويتعين عليه فى هذه الحالة تحرير محضر بالاسباب التى دعت المستفيد الى الامتناع عن تسلم المنقول مع بيان هذه الاسباب على نحو تفصيلى [1]. وفى حالة امتناع المستفيد عن تحرير مثل هذا المحضر يحق للشركة الممولة طبقا لعبارات عقد التأجير التمويلى اعتبار المستفيد قد قبل تسلم المنقول دون اية تحفظات ولا يستطيع بعد ذلك الامتناع عن تنفيذ عقد التأجير التمويلى [2].

٢٧٦ - ويترتب على ازدواج صفة المستفيد فى تسلم المنقول عدة نتائج : فبوصفه يتسلم المنقول لحسابه الخاص من جانب ونيابة عن شركة التأجير التمويلى وذلك فى علاقته بالبائع من جانب آخر يتحمل المستفيد جميع التبعات التى قد تترتب على اخلال البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم . ولا يستطيع المستفيد الرجوع على شركة التأجير التمويلى فى هذا الفرض استنادا الى اخلالها بالتزامها بتسليم المنقول المؤجر [3] ، بل على العكس تستطيع الشركة الممولة اثارة مسئولية المستفيد استنادا الى خطئه فى تنفيذ الوكالة التبعية [4]. ويزيد الامر حدة النص صراحة فى عقد التأجير التمويلى على ان التزام المستفيد بتنفيذ هذه الوكالة التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية [5]. واذ يتحدد نطاق هذه الوكالة وما يجب على المستفيد مراعاته على نحو تفصيلى كما رأينا لا تجد الشركة الممولة مشقة بالغة فى اثارة مسئولية المستفيد [6].

---

(١) BEY : De la symbiotique..., op . cit , P .101 .BAKOUKA. op . cit , P.87 .

(٢) Cour d'appel de Versailles 12° chambre , 10 novembre 1988, Gazette du Palais, No 141 , 1989, P.12 , note BEY.

(٣) CABRILLAC, op . cit, No 26 .

(٤) BEY : De la symbiotique ..., op . cit , P .100. HEMARD et BOULOC,op . cit , P . 614 No 14 .

(٥) CREMIEUX - ISRAEL, op . cit , P .59 .

(٦) BEY:Jurisclasseur Banque et crédit , op .cit , Fasc. 652, No 21 .

ومن جانب آخر يتحمل المستفيد جميع النفقات الناشئة عن استلام المنقول، ولا مجال لإعمال حكم المادة ١٩٩٩ من التقنين المدنى الفرنسى التى تلزم الموكل برد جميع النفقات التى تكبدها الوكيل فى سبيل تنفيذ الوكالة . ويبرر ما يذهب اليه الاتفاق فى هذا الصدد ان حيازة المنقول مآلها الى المستفيد وكان بوصفه مستأجر ليتحمل نفقات الاستلام بفرض تسلمه المنقول من شركة التأجير التمويلى وليس من البائع [١] .الا ان تحديد الكيفية التى يتحقق بها تسلم المستفيد للمنقول على هذا النحو تتفادى به الشركة الممولة نفقات استلام المنقول من البائع التى يتحملها المشترى طبقا للقواعد العامة [٢] ، فضلا عن نفقات تسليمه الى المستفيد بوصفها مؤجرة [٣] .

وتجدر الاشارة الى ان تسلم المستفيد المنقول من البائع لا يثير اشكالات خاصة فى علاقة طرفى التسليم بمعنى ان العمل لا يشهد امتناع البائع عن تسليم المبيع الى المستفيد بالرغم من ان هذا الاخير يعد اجنبيا عن عقد البيع . فمن حيث الواقع تنشأ الروبط الفعلية بين البائع والمستفيد منذ اللحظات الاولى لابرام الصفقة ولايجد البائع غرابة فى تسليم المبيع الى المستفيد . اما من حيث القانون تكون صفة المستفيد كوكيل عن شركة التأجير التمويلى فى الاستلام ظاهرة للبائع اذ يتضمن طلب شراء المنقول الصادر عن الشركة بيانا بالوكالة [٤] . ويكون مؤدى ذلك عدم جواز الطعن فى حقيقة هذه الوكالة وصحتها خلافا لما اثاره البعض فى شأن الوكالة الاصلية . ففى هذه الوكالة الاخيرة يسبق اختيار المستفيد للمنقول وبائعه ابرام عقد التأجير التمويلى وبالتالى صدور التوكيل ، ولا يفاوض المستفيد البائع فى هذه المرحلة بوصفه نائبا عن الشركة الممولة . اما الوكالة التبعية فهى تنشأ عن ابرام عقد التأجير التمويلى الذى

---

(١) ذلك ان الفقه الفرنسى مستقر على قياس مركز المستأجر فى شأن نفقات الاستلام على مركز المشترى ويعمل حكم المادة ١٦٠٨ من التقنين المدنى الفرنسى الخاص بعقد البيع على عقد الإيجار . انظر فى ذلك: MALAURIE et AYNES ; Droit civil :Les contrats spéciaux, Editions Cujas , Paris , 1986 , P . 258 No 644.

(٢) المادة ١٦٠٨ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) وذلك تطبيقا للمادة ١٢٤٨ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٤) BEY : De la symbiotique .., op . cit , P . 85 .

يتضمنها ويرد بيان بها فى طلب الشراء الذى ترسله الشركة الى البائع . ومن حيث التعاقب الزمنى لهذه الوقائع يسبق ابرام عقد التأجير التمويلى اصدار طلب الشراء ومن باب اولى تسليم المنقول ، وبالتالى يكون صدور التوكيل الى المستفيد بالاستلام وعلم البائع به سابقين على واقعة التسليم (١) .

٢٧٧ - وعن ارتباط تنفيذ عقد البيع بوضع عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ يقضى هذا العقد الاخير ببدء سريانه من تاريخ تسلم المستفيد للمنقول . ويذهب البعض الى تفسير ذلك بان تنفيذ المستفيد للوكالة التبعية شرط لتنفيذ الإيجار الذى يحويه عقد التأجير التمويلى . ولكن لا يمكننا التسليم بهذا الرأى : فمن جانب يترتب على تمام تسلم المستفيد للمنقول تنفيذ كل من البائع وشركة التأجير التمويلى لإلتزامهما بالتسليم ، ويعنى ذلك بخصوص التزام الشركة بالتسليم ان عقد الايجار رتب بعض اثاره وهو تنفيذ الالتزام بالتسليم بوصفه اول مايقتضيه تمكين المستفيد من الانتفاع بالمنقول ، ولا يستقيم معه القول بتعليق الايجار على تمام تسلم المستفيد للمنقول . ومن جانب آخر اذا قيل بان التسليم شرط لنفاذ عقد الايجار فإن تخلفه يفضى الى عدم تنفيذ عقد التأجير التمويلى ، وكأن تنفيذ هذا العقد يتوقف على مدى تنفيذ شركة التأجير التمويلى لا لتزامها بتسليم المنقول المؤجر وهو مالا يمكن قبوله منطقياً ولا يمكن الاعتداد به فى صحيح القانون (٢) .

ان مقصود العاقدين ببدء سريان عقد التأجير التمويلى من تاريخ تسلم المستفيد للمنقول ان التزامات المستفيد تصبح واجبة الاداء منذ هذا التاريخ حيث يبدأ فيه انتفاعه بالمنقول . فبدءا من تسلم المنقول يجب على المستفيد الوفاء باول قسط من اقساط الأجرة ويجب عليه تنفيذ سائر الالتزامات التى يرتبها العقد على عاتقه و المتعلقة باستعمال المنقول والمحافظة عليه وابرام عقد التأمين للوقاية من خطر هلاكه (٣) .

---

(١) COILLOT : Initiation ..., op. cit , P.148 .

(٢) BEY :Jurisclasseur Banque et crédit op . cit., Fasc . 652, No 22.

(٣) PACE :Pratique ..., op . cit , P D10 .

ويترتب على ذلك انه فى حالة عدم تسلم المستفيد للمنقول اما بسبب امتناع البائع عن تسليمه واما بسبب عدم مطابقته لما تم الاتفاق عليه او لما يعتريه من عيوب ظاهرة يظل عقد التأجير التمويلى الذى سبق تكوينه قائما ومنتجا لآثاره . وفى مثل هذه الأحوال تثور مسئولية البائع التعاقدية فى مواجهة شركة التأجير التمويلى ويمكن لهذه الأخيرة طلب فسخ عقد البيع ومطالبة البائع بتعويضها عما يلحقها من اضرار . كذلك يستطيع المستفيد الرجوع على البائع بالتعويض عما يلحقه من ضرر استنادا الى قواعد المسئولية التقصيرية وبفرض توافر شروطها [١] .

ويترتب على فسخ عقد البيع لإخلال البائع بالتزامه بالتسليم امكانية طلب المستفيد فسخ عقد التأجير التمويلى لاخلال الشركة الممولة بالتزامها بتسليم المنقول اليه . وهنا تبرز اهمية الوكالة التبعية اذ تستطيع شركة التأجير التمويلى اثاره مسئولية المستفيد استنادا الى خطئه فى تنفيذ الوكالة بالرغم من ان الفرض قانونا هو فسخ عقد التأجير التمويلى لإخلال الشركة بالتزامها بتسليم المنقول .

ولاتخفى اهمية اثارة مسئولية المستفيد فى حالة شهر افلاس البائع وبالتالى عجز شركة التأجير لتمويلى عن اقتضاء التعويض المستحق لها [٢]. فما لا تستطيع الحصول عليه من البائع يمكنها الحصول عليه من المستفيد [٣] .

٢٧٨ - وتلجأ بعض عقود التأجير التمويلى للمنقولات الى توكيل المستفيد فى مقاضاة البائع بصدد الاشكالات التى تنشأ عن تسليم المنقول [٤] . فإذا ما اهمل المستفيد فى الرجوع على البائع صار مسئولا فى مواجهة الشركة الممولة عن الأضرار التى لحقتها . وكثيرا ما يقترن بهذه الوكالة كفالة المستفيد للبائع عن اداء التعويضات

---

(١) BEY : De la symbiotique ..., op . cit , P . 105 .

(٢) BEY : JCP 1987 II 20 865, note précitée .

(٣) Cassation commerciale , 11 mai 1981 , Dalloz 1982 , Sommaire 195, Observations VASSEUR .

(٤) CAPORALE, op . cit , P.24 .

التى تتقرر لشركة التأجير التمويلى[1] . وقد اقرت محكمة استئناف باريس صحة هذه الكفالة التى تمثل ضمانة للشركة ضد خطر افلاس البائع[2] .

وتجدر الاشارة الى انه فى هذه المرحلة من مراحل انجاز التأجير التمويلى لم تقم الشركة الممولة بعد بدفع ثمن المنقول الى البائع . فالفرض هنا ان المستفيد لم يتسلم المنقول ولم يصل بالتالى محضر الاستلام الى الشركة والذى على ضوئه تقوم هذه الأخيرة بدفع الثمن . ولذلك ففى حالة فسخ عقد البيع يقتصر رجوع الشركة على البائع مطالبته بتعويض الأضرار التى تكون لحقتها من جراء ذلك. اما اذا تسلم المستفيد المنقول فأيا كانت الاشكالات التى تحيط بالتسليم يعد المستفيد ازاء الشركة الممولة قابلا للمنقول على الحالة التى تسلمه عليها ، ويزول غالبا حق الشركة فى الرجوع على البائع اذ انه طبقا للقواعد العامة لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يستطيع ان يتبينها لوانه فحص المبيع بعناية الرجل العادى . وتكون العبرة فيما يتعلق بامكانية الوقوف على ما يعترى المبيع من عيوب ظاهرة بشخص المستفيد اى النائب لا بشخص الشركة اى الاصيل .

ومع ذلك يستطيع المشترى اقامة الدليل على ان البائع تعمد اخفاء العيب غشاً منه فيظل بالتالى مسئولا عن العيب الظاهر . ويترتب على ذلك انه يجوز لشركة التأجير التمويلى طلب فسخ عقد البيع بالرغم من تسلم المستفيد للمنقول . وقد تشمل وكالة التقاضى هذه الحالة . وفيها يمتد الرجوع على البائع ليس فقط الى الحصول على التعويض وانما الى استرداد الثمن الذى تكون الشركة الممولة قد اوفت به . فإن كان المستفيد يكفل التزامات البائع تجاه الشركة يمكن لهذه الأخيرة مطالبته باداء الثمن فى حالة اعسار البائع او شهر افلاسه[3] .

---

(١) BEY : JCP 1987 , note précitée .

(٢) Cour d' appel de Paris, 25o chambre B, 17 juin 1980 et 5o chambre C, 22 avril 1983, inéd., cités par BEY, note précitée.

(٣) Cour de cassation, Chambre mixte, 3 mars 1989, Dalloz 1989,. Informations Rapides 103.

٢٧٩ - خلاصة القول على ضوء ما تقدم ان تنفيذ عقد البيع بتسليم المنقول الى المستفيد هو لحظة بدء اداءات المستفيد التى يتعهد بها ازاء شركة التأجير التمويلى وقد اوفت بالتزامها بتسليم المنقول المؤجر اليه . ويتحمل المستفيد وحده جميع تبعات الاشكالات التى قد تصادف تسلمه للمنقول وذلك بوصفه وكيلا عن الشركة الممولة فى الاستلام بصفة اساسية ، تعززة احيانا كفالة المستفيد لاداءات البائع فى حالة فسخ عقد البيع لإخلال البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع .

واذا اخذنا فى الاعتبار ان المستفيد يقوم باختيار المنقول وتحديد اوصافه كما يختار البائع ، وهو مسئول عن هذا الاختيار بوصفه وكيلا عن شركة التأجير التمويلى فإن الامر يعنى عدم تدخل شركة التأجير التمويلى حتى هذه المرحلة من انجاز الصفقة فى اى من المسائل الفنية المرتبطة بتنفيذها . فهى قابعة فى دورها التمويلى البحت ولا شأن لها بالمسائل الفنية المتعلقة بالمنقول محل العقد ، ويصبح فى مقدورها الادعاء بعدم مسئوليتها عن اى عطب فنى يحول دون استعمال المستفيد للمنقول على النحو المنشود مثل ظهور عيب خفى بالمعدة يحول دون استعمالها فى انتاج السلعة او الخدمة داخل مشروع المستفيد (١) .

ثانيا : بدء سريان عقد التأجير التمويلى العقارى :

٢٨٠ - اذا استرجعنا الصورة التى يجئ عليها التأجير التمويلى العقارى فى العمل الفرنسى لوجد ناها تختلف بحسب ما اذا كان العقار المؤجر قد سبق بناؤه او اذا كان يراد بناؤه . كذلك رأينا ان ايا من هذين الفرضين قد يتحقق من خلال شركة مدنية عقارية يتم تأسيسها بين الطرفين المعنيين : شركة التأجير التمويلى والمستفيد .

واذا كانت شروط الانتفاع بالعقار واحدة فى مختلف فروض التأجير التمويلى

(١) LELOUP: JCP 1967 II 15291, note sous Tribunal de commerce de Vervins, 18 avril 1967. CABRILLAC, op. cit., No 96. HARICHAUX-RAMU, op. cit, p. 212, 213 No 2. PARLEANI, op. cit, p. 711 No 26.

العقارى فإن الاختلاف بينها لا يقوم الا فى مرحلة وضع العملية موضع التنفيذ .

ولا يختلف الفرض الاول وهو فرض العقار السابق بناؤه عن التأجير التمويلى للمنقولات اذ يتطلب الامر شراء الشركة الممولة للعقار من بائعه وتسليمه إلى المستفيد تنفيذا لعقد التأجير التمويلى . ويتحقق ذلك بذات الكيفية التى يتحقق بها التأجير التمويلى للمنقولات وباتباع الآليات ذاتها من وكالة اصلية ووكالة تبعية ووكالة ادارية فيما يتعلق باجراءات الشهر العقارى فى المقام الرئيسى [1] . ولذلك يصدق ما سبق تحليله فى شأن بدء سريان عقد التأجير التمويلى للمنقولات على بدء سريان عقد التأجير التمويلى العقارى فى حالة شراء الشركة الممولة لعقار سبق بناؤه. ولا يبقى امامنا بالتالى سوى بحث بدء سريان عقد التأجير التمويلى العقارى فى حالة بناء العقار من جانب وفى حالة تأسيس الشركة المدنية العقارية من جانب آخر .

أ) بدء سريان العقد في حالة بناء العقار :

٢٨١ - فى حالة ورود التأجير التمويلى على عقار يراد بناؤه يتم ابرام الاتفاق التمهيدى الذى يتحدد فيه دور الطرفين فى مرحلة البناء : فبينما يقع على عاتق شركة التأجير التمويلى تمويل تكاليف البناء يتولى المستفيد الاشراف الفنى على عمليات البناء [2] . ولا يتضمن الاتفاق المبدئى سوى عرض مجمل لشروط الانتفاع بالعقار بفرض تمام بنائه [3] ، وبالتالى لا يرتبط المستفيد بشركة التأجير التمويلى بصفة نهائية الا مع ابرام عقد التأجير التمويلى عند انتهاء عملية البناء على نحو يسمح للمستفيد بالانتفاع به [4] . ويذهب جانب هام من الفقه الفرنسى الى ان الاتفاق التمهيدى يتضمن الى جانب شروط البناء وعدا ملزما للجانبين بالتأجير لايتم تنفيذه الا بعد تمام البناء [5] .

---

(١) BEY et GAVALDA : Le crédit - bail immobilier, op. cit, p. 93.

(٢) CALAIS-AULOY, op. cit, No 75. BALME, op. cit, No 162.

(٣) OUERDRAOGO, op. cit, p. 222.

(٤) FOURNIER, op. cit, No 9. CALAIS-AULOY, op, cit, No 76.

(٥) LEQUIN, op. cit, p. 23. OURDRAOGO, op. cit, p. 180. SOLAL: Le crédit-bail immobilier, op. cit, p. 95. MILLERET - ROSELLO : =

ويفهم من ذلك ان عقد التأجير التمويلي العقارى لا يبدأ فى ترتيب آثاره الا فى اعقاب البناء وتسلم المستفيد للعقار ، وتعد بالتالى جميع العمليات السابقة والتى تساهم فى وضع العقار تحت تصرف المستفيد شرطا لبدء سريان عقد التأجير التمويلى [١] .

ويرجع ذلك الى رغبة شركة التأجير التمويلى فى التأمين لنفسها ضد خطرين اساسيين : يتمثل الاول فى عدم اتمام عملية البناء و الثانى فى رفض المستفيد تلقى شهادة المطابقة الهندسية من المقاول لما يكشفه فى العقار من عيوب عند معاينته وقت الاستلام [٢] . ولذلك يذهب البعض الى انه فى حالة تعاصر ابرام الاتفاق التمهيدى مع ابرام عقد التأجير التمويلى – اى ان هذا العقد الاخير يبرم قبل البدء فى اعمال البناء – يصير تنفيذ العقد معلقا على شرط تسلم المستفيد للعقار وحصوله على شهادة المطابقة الهندسية [٣] .

٢٨٢ – ويتمثل المفترض الاولى لانجاز العملية فى الحصول على الارض [٤] . وقد تكون الارض مملوكة للغير او مملوكة للمستفيد . وفى الحالة الاولى تقوم شركة التأجير التمويلى بشراء الارض ولا يختلف الوضع عن شراء الشركة المنقول او العقار الذى سبق بناؤه [٥] ، لكن فى بعض الأحوال توكل الشركة المستفيد فى شراء الارض واتخاذ جميع الاجراءات المرتبطة بهذا الشراء [٦] .وقد ترفض الشركة تمويل الحصول على الارض وفى هذه الحالة يقوم المستفيد بشرائها لحسابه الخاص ثم تؤجرها الى الشركة الممولة بموجب عقد ايجار بنائى او عقد ايجار حكرى تمهيداً للبناء [٧] .

Les sociétés de Crédit - bail immobilier, DAFSA, 1984, p. 3. =
BALME, op. cit, No. 163.

(١) BEY : De la symbiotique..., op. cit, p. 122.

(٢) CABRILLAC, op. cit, No 119.

(٣) BALME, op,. cit, No 174.

(٤) PACE : Pratique..., op. cit, p. C5.

(٥) CABRILLAC, op. cit, No 117.

(٦) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail immobilier, op. cit, p. 101.

(٧) CALAIS-AULOY, op. cit., No 72.

وان كانت الارض مملوكة للمستفيد إبتداء يتم تأجيرها الى شركة التأجير التمويلي بموجب اى من العقدين المشار اليهما ، ويعد ابرام هذا العقد الذى يعاصر ابرام الاتفاق التمهيدى الخطوة الاولى لعملية ذات مرحلتين : البناء كمرحلة اولى ثم التأجير التمويلي فى اعقاب تمام البناء . ويذهب البعض الى ان ابرام عقد الايجار البنائى او عقد الايجار الحكرى يعد بمثابة شرط واقف يعلق عليه نفاذ عقد التأجير التمويلي ، بل ان المضى فى تنفيذه شرط لاستمرار عقد التأجير التمويلي فى ترتيب آثاره بمعنى انه يترتب على فسخ عقد الايجار البنائى او عقد الايجار الحكرى اثناء تنفيذه انفساخ عقد التأجير التمويلي بقوة القانون [١] . ويمكن تفسير ذلك بما يترتب على فسخ عقد الايجار البنائى او عقد الايجار الحكرى من اتحاد ذمة حيث يصير المستفيد مالكا للمبانى المؤجرة إليه فيؤدى ذلك الى زوال عقد التأجير التمويلي [٢].

اذن لا يمثل عقد الايجار البنائى او عقد الايجار الحكرى سوى حلقة من حلقات وضع التأجير التمويلي موضع التنفيذ ، ودونه لا يتوافر لشركة التأجير التمويلي السند القانونى لتملكها الابنية التى تشيد على ارض يملكها المستفيد . ويتأكد ذلك بغياب كل اتفاق على وفاء شركة التأجير التمويلي الاجرة المقابلة لانتفاعها بالارض . ولقد ذهب احد الآراء إلى وقوع مقاصة بين الاجرة المستحقة للشركة الممولة بموجب عقد التأجير التمويلي والاجرة المقررة للمستفيد طبقاً لعقد الايجار البنائى أو الحكرى [٣]. ولكن بالنظر إلى مكونات اجرة التأجير التمويلي كما سوف يتم تفصيلها فيما بعد فاقساطها تتكون من مقابل اهلاك رأس المال والنفقات المالية والنفقات العامة وهامش ربح الشركة الممولة ، وتؤخذ تكلفة المبانى دون الارض

---

(١) BEY: De la symbiotique..., op. cit, p. 122.

(٢) حول انقضاء عقد الايجار باتحاد الذمة انظر : GROSLIERE : Bail, Encyclopédie Dalloz Civil, I, no 534.

(٣) OUERDRAOGO, op. cit , P . 202 .

التى لا يرد عليها التمويل اساساً لحساب هذه الاجرة . ويترتب على ذلك عدم اخذ انتفاع الشركة بالارض فى الاعتبار عند حساب الاجرة وينتفى معه القول بوقوع المقاصة بينها وبين الاجرة المقابلة للانتفاع بالارض .

ويلاحظ فى هذا الصدد أنه طبقاً للمادة ٢٥١ – ٥ فقرة أولى من اللائحة رقم ٧٨ – ٦٢١ بتاريخ ٣١ مايو ١٩٧٨ فى شأن الايجار البنائى [١] قد تتمثل الاجرة المقابلة للانتفاع بالارض بصفة كلية أو جزئية فى منح المؤجر – أى المستفيد – حقوق ملكية أو انتفاع على كل أو بعض المبانى المشيدة . الا ان ما يتقرر للمستفيد تطبيقاً لعقد التأجير التمويلى هو مجرد حق شخصى يدفع عنه اقساط الاجرة ، وهى تغطى اصل رأس المال المستثمر فى تمويل الصفقة . ولا يمكن القول والحال هذه ان المستفيد يتلقى ملكية المبانى فى نهاية مدة الايجار مقابل انتفاع شركة التأجير التمويلى بالارض لأن الشركة تلقت بالفعل مقابل تملك المستفيد للأبنية من خلال اقساط الأجرة .

٢٨٣ – وفى اعقاب الحصول على الارض يمكن البدء فى عمليات البناء ، تلك العمليات التى يحدد الاتفاق التمهيدى شروطها على وجه تفصيلى ودقيق [٢] ، والتى يتعهد المستفيد بالاشراف عليها وتنفيذها تحت مسئوليته الكاملة [٣] .

ويتعين على المستفيد اتخاذ جميع الاجراءات التمهيدية للبناء مثل الحصول على تراخيص البناء ودفع الرسوم المقررة والحصول على الرسومات الهندسية اللازمة [٤] . ويتسع بذلك نطاق الوكالة الادارية فى حالة بناء العقار عن الفروض الأخرى للتأجير التمويلى [٥] . وكثيراً ما تحتفظ شركة التأجير التمويلى لنفسها بالحق

---

(١) المعدلة بموجب القانون رقم ٧٩ – ١٧ الصادر بتاريخ ٣ يناير ١٩٧٩ Journal Officiel , 4 janvier 1979 , P.31. Dalloz 1979 Législation 55 .

(٢) CABRILLAC, op . cit , No 118 .

(٣) BEY et GAVALDA : Le crédit - bail immobilier , op . cit , P .101 .

(٤) CABRILLAC , op . cit , No 117 . BALME, op . cit , No 165 .

(٥) BIRBES, op . cit , P . 9 .

فى التصديق على الرسومات الهندسية قبل البدء فى البناء [1] . وإذا كان الأصل ان شركة التأجير التمويلى لا تتدخل فى اختيار المستفيد لمكتب الاستشارات الهندسية أو المقاول المنفذ الا أنه يمكن الاتفاق على ان يتم هذا الاختيار من قبل الطرفين معاً ، وفى هذه الحالة تكون الشركة الممولة مسئولة عن تنفيذ البناء ازاء المستفيد بقدر مساهمتها فى هذا الاختيار [2] .

٢٨٤ – ويقتضى الاشراف الفنى على عمليات البناء التعاقد مع محترفى انشاء المبانى حيث يفتقد المستفيد فى واقع الأمر للخبرة اللازمة فى هذا المجال . وله فى سبيل ذلك عدة خيارات :

الأول : هو اللجوء إلى أكثر من مقاول يتولى كل منهم تنفيذ مرحلة محددة من مراحل البناء . وفى هذه الحالة يتولى المستفيد التنسيق بينهم . الا أن ضآلة خبرته فى هذا المجال تحتم عليه اللجوء إلى مهندس تنفيذى يتولى الاشراف الفعلى على عمليات البناء لحساب المستفيد ، كما يتعين على المستفيد الاتفاق على توريد المواد اللازمة للبناء . لذلك قد يلجأ المستفيد إلى تعيين رائد لهؤلاء المقاولين من بينهم يكون وكيلاً عن الآخرين فى علاقته بالمستفيد . إلا أنه لا يكون مسئولاً إلا عن المرحلة من البناء التى يتولى تنفيذها بنفسه [3]. ولهذه الاسباب يندر لجوء المستفيد إلى التعاقد مع عدة مقاولين .

الثانى : هو لجوء المستفيد إلى احدى الوكالات المتخصصة فى الاشراف على المقاولات العقارية Agence de promotion immobilière ، وهى تتولى الاشراف على جميع مراحل البناء . وعادة ما تتدخل هذه الوكالات للاشراف على بناء العقارات المخصصة لأغراض السكنى ولكن ما من مانع من اشرافها على بناء العقارات المخصصة لأغراض امتهانية . وتخضع مسئولية الوكالة لأحكام مسئولية مقاول انشاء

---

(١) CALAIS - AULOY, op . cit , No 74 .

(٢) BEY et GAVALDA : Le crédit - bail immobilier , op . cit , P . 96 .

(٣) MAZEAUD : Contrat d' entreprise , Encyclopédie Dalloz Civil, III, 1981 , No 220 , 221 .

المبـانى [1]، مما يمثل حماية فعالة لمصالح المستفيد وشركة التأجير التمويلى . الا ان العقد الذى يربط بين المستفيد والوكالة هو من قبيل عقد الوكالة [2]، ويترتب على ذلك ان جميع العقود التى تبرمها الوكالة مع الغير انما تبرمها باسم ولحساب المستفيد او شركة التأجير التمويلى بحسب الأحوال . ويدخل الأصيل بالتالى معترك العديد من العلاقات القانونية المتشابكة مما يزيد من نطاق مسئولية المستفيد فى مواجهة شركـة التأجير التمويلى .

الثالث : هو اللجوء إلى احد مقاولى انشاء المبانى ليتولى تنفيذ البناء فى جميع مراحله وان ادى به الأمر إلى استعانته بمقاولين من الباطن . وبالتالى تنحصرالروابط القانونية التى يزج بها المستفيد فى سبيل الاشراف على عمليات البناء فى تلك العلاقة الناشئة عن عقد المقاولة المبرم مع مقاول انشاء مبان واحد. لذلك غالباً ما يلجأ المستفيد إلى إعمال هذا الخيار فى هذا الشأن . ويعد التعاقد مع مقاول انشاء المبانى الاسلوب الأكثر شيوعاً فى مجال التأجير التمويلى العقارى . وفى بعض الأحوال يتم الاتفاق بين الأطراف المعنية على توقيع اتفاق مشترك يتحدد فيه على وجه الدقة دور كل منهم [3]، وفى هذه الحالة يصير الاتفاق التمهيدى عقداً ثلاثى الاطراف يعلم المقاول بموجبه حدود علاقته بكل من المستفيد وشركة التأجير التمويلى .

٢٨٥ - وتنحصر مهمة المقاول فى القيام بالأعمال المادية اللازمة لبناء العقار على ضوء المواصفات المحددة له والرسومات الهندسية التى يقدمها له المستفيد [4] . اما شركة التأجير التمويلى فيقتصر دورها على تمويل عمليات البناء ويتم عادة الاتفاق على تقديمها دفعات نقدية بحسب مراحل البناء [5] .

---

(١) وذلك طبقا لأحكام القانون رقم ٧٨ - ١٢ بتاريخ ٤ يناير ١٩٧٨ الخاص بالمسئولية والتأمين فى مجال البناء :
Journal Officiel , 5 janvier 1978 , P . 188 .
Dalloz 1978 Législation 74 .

(٢) المادة ١٨٣١ - ١ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) CALAIS - AULOY , op . cit , No 75 .

(٤) PACE : Economie .., op . cit , P . 68 .

(٥) BALME, op . cit , No 192 .

ويتم تحديد تكلفة البناء على اساس من الأجر الإجمالى المقرر لمقاول انشاء المبانى [١] . وطبقاً للاتفاق التمهيدى يتحمل المستفيد كل فرق مهما كانت قيمته بين التكلفة الحقيقية للبناء والأجر الإجمالى الذى تم تحديده [٢].

ويتولى المستفيد الاشراف الفنى على عمليات البناء وذلك اما بوصفه وكيلاً عن شركة التأجير التمويلى واما بوصفه مقاولاً فى علاقته بها . ويتضمن الاتفاق التمهيدى ما يفيد تمتع المستفيد باحد هذين المركزين [٣] . ويترتب على ذلك ان يكون المستفيد مسئولا تجاه الشركة الممولة عن جميع الأضرار التى تلحقها بسبب الاشكالات التى تعترض تنفيذ البناء [٤] . ويؤكد الاتفاق التمهيدى ان التزامات المستفيد فى هذا الصدد هى من قبيل الالتزامات بتحقيق نتيجة بحيث يتحمل المستفيد تبعة اخطاء مقاول انشاء المبانى [٥] .

ولقد اثار البعض ما يكمن فى اعتبار المستفيد مقاولاً من خطر على مصالح شركة التأجير التمويلى مرجحاً وجوب اعتباره وكيلاً عنها فى التعاقد مع المقاول [٦] . ذلك ان اعتبارالمستفيد مقاولاً يجعله يرتبط بصفة شخصية ومباشرة مع مقاول انشاء المبانى ويكون فى مركز رب العمل ازاء هذا الأخير . وأهم الآثار المترتبة على ذلك يتمثل فى امكان إعمال حكم المادة ١٧٩٤ من التقنين المدنى الفرنسى التى تجيز للمستفيد رب العمل طلب فسخ عقد المقاولة بارادته المنفردة قبل تمام البناء بشرط ان يقوم بتعويض المقاول عن جميع الأضرار التى تلحقه من جراء الفسخ بما

---

(١) BAUGAS , op . cit , P . 9 .

(٢) PACE : Economie ..., op . cit , P . 68 . BAUGAS, op . cit , P. 9 .

(٣) LEQUIN , op . cit , P 23 .

(٤) OUERDRAOGO , op .cit , P . 208 .

(٥) BEY : Jurisclasseur Banque et Crédit , op . cit , Fasc. 652 , No 21 et s.

(٦) BALME , op . cit ., No 169 .

فيها فوات ما كان ينتظره من ربح نظير القيام بالبناء [1] . ولا شك ان إعمال المستفيد رب العمل هذا الحق يجعل مصير عملية التأجير التمويلي العقارى برمتها بين يديه وقد يلحق الشركة الممولة الضرر من جراء عدم المضى فى تنفيذها وقد اوفت بدفعات نقدية إلى المقاول .

الا أنه يلاحظ ان إعمال المستفيد الحق المتقدم يفضى إلى إثارة مسئوليته فى مواجهة شركة التأجير التمويلي بوصفه مقاولاً اخل بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة المبرم بينه وبين الشركة . ويتعين بالتالى على المستفيد تعويض الشركة عن جميع الأضرار التى تلحقها فى هذه الحالة : فإن كانت المبانى تشيد على ارض تملكها الشركة تحتفظ الشركة بملكية ما تم تشييده من المبانى ويلتزم المستفيد باداء المبالغ التى دفعتها فى سبيل انجاز العملية بالإضافة إلى الفوائد التى تكون مقررة [2] . أما اذا كانت المبانى تقام على ارض مملوكة للمستفيد يفسخ عقد الايجار البنائى او الحكرى لإخلال شركة التأجير التمويلي بالتزامها بتشييد المبانى ـ وهو جوهر عقد الايجار البنائى أو الحكرى – وتنتقل ملكية ما تم تشييده من مبان إلى المستفيد ويظل مسئولاً عن تعويض الشركة الممولة عن جميع الأضرار التى تلحقها .

ويتضح من ذلك ان إعمال المستفيد حقه فى طلب فسخ عقد المقاولة لذى خطر حقيقى على مصالحه المادية اذ يلتزم بتعويض كل من المقاول وشركة التأجير التمويلي عما يلحقهما من اضرار . لذلك يكون إعمال الحق المتقدم فى اطار التأجير التمويلي العقارى مسألة نظرية بحتة لا تخفى ان المستفيد مكبل بالشروط الاتفاقية التى تحتم عليه المضى قدماً فى تنفيذ المقاولة بمجرد ارتباطه بشركة التأجير التمويلي بموجب الاتفاق التمهيدى . ونخلص من ذلك اذن ان اعتبار المستفيد مقاولاً لا يشكل خطرا خاصاً على مصالح شركة التأجير التمويلي يبرر ضرورة تنصيبه وكيلاً عن

---

(١) MAZEAUD : Contrat d'entreprise, op . cit , No 119 .

(٢) CABRILLAC, op . cit , No 119 .

الشركة الممولة [1] . وللقالبان ، المقاولة والوكالة ، دور مماثل فى اطار التأجير التمويلى يتمثل فى جعله مسئولاً عن جميع الأضرار التى تلحق بالشركة الممولة نتيجة ما يعترض البناء من اشكالات .

ومن جانب آخر قيل ان اعتبار المستفيد وكيلاً عن شركة التأجير التمويلى يؤمنها من خطر افلاس المستفيد فى حالة تسليمها اياه مبالغ نقدية تمهيداً لتسليمها إلى المقاول [2] ذلك ان للموكل استرداد المبالغ المدفوعة إلى الوكيل فى حالة شهر افلاس هذا الأخير فى حين لا يتقرر ذلك لرب العمل فى حالة افلاس المقاول [3] . الا أن الأمر يفترض ان الدفعات النقدية التى تلتزم شركة التأجير التمويلى بادائها إلى المقاول يتسلمها المستفيد أولاً تمهيداً لتقديمها إلى المقاول وهو ما لا يحدث الا نادراً فى الواقع العملى حيث يتحقق الوفاء مباشرة من الشركة الممولة إلى المقاول . ويجب الا يغيب عن البال ان المعاملات النقدية يتم تسويتها بواسطة شيكات مصرفية تسحبها الشركة لأمر المقاول ، ولا يتعدى دور المستفيد تسليم الصك من الوجهة المادية إلى المقاول ، وهو ما لا أثر له على انتقال حيازة النقود ، ان جاز لنا التعبير ، مباشرة من شركة التأجير التمويلى إلى المقاول .

٢٨٦ – وعند انتهاء عمليات البناء يقوم المقاول بتسليم العقار إلى المستفيد . ويوجب الاتفاق التمهيدى تحرير محضر بالاستلام [4] ، ترفق به شهادة صادرة عن المقاول بمطابقة المبانى للرسومات الهندسية الخاصة بها [5] . ويلاحظ أنه منذ صدور القانون رقم ٧٨ – ١٢ بتاريخ ٤ يناير ١٩٧٨ فى شأن المسئولية والتأمين فى مجال

---

(١) وجدير بالاشارة فى هذا الصدد الى ان حكم المادة ١٧٩٤ المشار اليه لا يتعلق بالنظام العام وبالتالى يجوز استبعاده بنص صريح فى الاتفاق التمهيدى .

(٢) BALME , op . cit , No 171 .

(٣) OUERDRAOGO, op . cit , P . 217 .

(٤) BALME, op . cit , No 167 . OUERDRAOGO , op . cit , P . 221 .

(٥) BEY et GAVALDA : Le crédit - bail immobilier, op. cit , P . 101 .
CABRILLAC, op . cit , No 119 .

البناء اصبح لواقعة الاستلام اهميتها الجوهرية والمحورية اذ تخضع لاجراءات وانماط محددة من جانب وهى نقطة البدء الوحيدة لحساب مدد مختلف الضمانات والمسئوليات الناشئة عن مقاولة البناء من جانب آخر [١].

ويتسلم المستفيد العقار لحسابه الخاص بوصفه مستأجراً له من جهة ولحساب شركة التأجير التمويلى من جهة أخرى تنفيذاً لعقد المقاولة أو عقد الوكالة المبرم بينهما [٢] . ويعد تسلم المستفيد للعقار إيذاناً ببدء سريان عقد التأجير التمويلى [٣] ، ويمكن معه القول ان تنفيذ الالتزامات الناشئة عن الاتفاق التمهيدى والتى تنقضى بتسلم المستفيد للعقار بمثابة الأمر الضرورى لبدء عقد التأجير التمويلى فى ترتيب آثاره .

ويترتب على ذلك ان جميع القوالب التعاقدية التى يشهدها تنفيذ الاتفاق التمهيدى من شراء ووكالة ومقاولة وايجار بنائى او حكرى ما هى الا سبل وضع التأجير التمويلى العقارى موضع التنفيذ . ويحار الفقه الفرنسى فى اقامتها كشروط يعلق عليها نفاذ العقد وسريانه [٤] . ولكن الخلاف الجوهرى الذى يكمن فى الفقه الفرنسى يدور حول تحديد متى ينعقد عقد التأجير التمويلى بمفهومه الضيق : فالبعض يقرر ان ابرامه يعاصر ابرام الاتفاق التمهيدى ويكون معلقاً على شرط واقف يتمثل فى اتمام عمليات البناء أى تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن الاتفاق التمهيدى . ويترتب على عدم تسلم المستفيد للبناء زوال عقد التأجير التمويلى باثر رجعى [٥] . بينما يذهب جانب آخر من الفقه الفرنسى إلى تضمين الاتفاق التمهيدى وعد ملزم

---

(١) انظر فى ذلك: COSTA :La responsabilité des constructeurs d' après la loi du 4 Janvier 1978 , Dalloz 1979 , Chronique no VII, P 39.

(٢) LEQUIN, op . cit , P . 23 . BALME, op . cit , No 172 . OUER-DRAOGO, op .cit , P . 215 . BOSC, op . cit , P . 50.

(٣) FOURNIER , op .cit , No 9 . CALAIS - AULOY , op .cit, No 76

(٤) انظر فى ذلك : CROIZAT, op . cit , P . 165 . BIRBES, op . cit, P .9.

(٥) PACE : Pratique ..., op . cit , P . C 5 .

للجانبين بالتأجير لا يتم تنفيذه الا بتمام البناء واستلام المستفيد للعقار ، أى ان الوعد ينقلب إلى عقد ايجار فى تلك اللحظة التى يتسلم فيها المستفيد العقار (١) . اما الوعد بالتأجير ذاته فيكون معلقاً على شرط فاسخ يتمثل فى اتمام البناء بحيث يترتب زواله عند اعتراض عملية البناء أى عائق يحول دون المضى فيه (٢) .

٢٨٧ - واياً كان شأن هذا الخلاف فى الفقه الفرنسى حول تفسير وتكييف البناء الإرادى للكيفية التى يتحقق بها وضع التأجير التمويلى موضع التنفيذ فإننا نخلص من العرض المتقدم ان سريان العقد يتوقف على بدء المستفيد فى الانتفاع بالعقار . أما عن المرحلة السابقة على ذلك وهى مرحلة الحصول على الأرض والبناء فيتحمل المستفيد جميع تبعات الاشكالات التى قد تنشأ فى تلك المرحلة بينما يقتصر دور شركة التأجير التمويلى على تمويل تكلفة البناء حسب مراحله المختلفة (٣) .

واذا كان ذلك هو مراد الطرفين الأصليين أى شركة التأجير التمويلى والمستفيد فإن مختلف القوالب التى يتم اللجوء اليها تساهم بشكل أو بآخر فى ترتيب هذه الآثار وتحقيق الاهداف المنشودة . ولكن التفاعل القانونى بين هذه القوالب هو الذى يستعصى على التحليل خاصة إذا ما تم اللجوء إلى فكرة الشرط ، واقفاً اكان ام فاسخاً ، لتفسير هذا التفاعل . ففى حالة عدم اتمام البناء وزوال عقد التأجير التمويلى أو الوعد بالتأجير باثر رجعى كيف يمكن تفسير احتفاظ شركة التأجير التمويلى بمقدمات الأجرة التى يلتزم المستفيد بدفعها خلال مرحلة البناء ؟ خاصة وان الاتفاق التمهيدى يحتاط لاحتمال ظهور الاشكالات التى قد تحول دون المضى فى البناء

---

(١) LEQUIN, op. cit , P. 23 .OUERDRAOGO, op . cit , P 180 . SOLAL : Le crédit - bail immobilier , op . cit , P . 95 . MILLERET - ROSELLO, op . cit , P . 3 BALME , op . cit , No 174 .

(٢) BALME,op .cit , No 174 .

(٣) وللتخفيف من الآثار المالية الوخيمة التى تترتب على عدم اتمام البناء يتعهد المستفيد طبقا للاتفاق التمهيدى بابرام عقد تأمين لمصلحة شركة التأجير التمويلى بقيها من شر عدم قيام المقاول بتنفيذ التزاماته . وتعرف وثيقة التأمين هذه بوثيقة تأمين رب العمل Assurance Maître de l'ouvrage . أنظر : BALME, op . cit , No 173 .

وينص على استحقاق الشركة لهذه الدفعات بصفة نهائية وبغض النظر عن مصير البناء وبالتالى تنفيذ عقد التأجير التمويلى [1] . لكن بالوقوف على الطابع الحقيقى للتأجير التمويلى بوصفه خدمة تمويلية يمكن تصور الخدمة التمويلية استقلالا عن استعمال المستفيد للعقار . واذ قامت الشركة بالوفاء بدفعات تكلفة البناء إلى المقاول فإن مقدمات الاجرة هى فى حقيقة الأمر عوائد توظيف رأسمال الشركة بمناسبة الصفقة المبرمة مع المستفيد ، وبما ان التمويل استغرقته مدة محددة تكون عوائده مستحقه للشركة الممولة [2]. وبذلك يمكننا ادراك التزام المستفيد بدفع مقدمات الأجرة قبل البدء فى الانتفاع بالعقار من جانب واستحقاق شركة التأجير التمويلى لها بصفة نهائية من جانب آخر .

ب) بدء سريان العقد فى حالة تأسيس الشركة المدنية العقارية :

٢٨٨ – ذكرنا من قبل ان اللجؤء الى تأسيس الشركة المدنية العقارية لأجل تنفيذ عملية التأجير التمويلى العقارى كان بدافع التخفيف من الآثار الضريبية الناشئة عن تنفيذها . وبالرغم من تدخل المشرع الفرنسى بموجب لائحة ١٩٦٧ للحد من تلك الآثار الا ان اللجوء الى تأسيس الشركة المدنية العقارية لازال يعمل به فى فرنسا حتى الآن وانما على نطاق ضيق .

وفيما يتعلق بوضع التأجير التمويلى موضع التنفيذ لا يعدو اثر تأسيس الشركة المدنية العقارية مجرد انتقال محور العملية من شخص شركة التأجير التمويلى الى الشخص المعنوى الذى يتولد عن الشركة المؤسسة . فمن الوجهة القانونية تنحصر علاقة الشركة الممولة والمستفيد فى تأسيس الشركة المدنية العقارية فيصبحان شريكين فيها ، بينما يبرم عقد التأجير التمويلى بين الشخص المعنوى الجديد والمستفيد . وسواء كان من المقرر شراء العقار أو بناؤه اما على ارض مملوكة للغير او مملوكة للمستفيد فإن

---

(١) CABRILLAC ,op . cit., NO 120.

(٢) CALAIS - AULOY, op . cit , No 75 .

العملية تتحقق بذات الكيفية التى سبق عرضها وباللجوء الى ذات القوالب التعاقدية، ومامن جديد سوى حلول الشركة المدنية العقارية محل شركة التأجير التمويلى كطرف فيها [1] .

ومع ذلك يكون تأسيس الشركة المدنية العقارية خطوة ضرورية اولى لانجاز التأجير التمويلى ، كما يتوقف الاستمرار فيه على بقاء الشركة قائمة [2] . ولذلك ما من شك فى تأثر سريان عقد التأجير التمويلى بواقعتين جوهريتين على وجه الخصوص هما بطلان الشركة وانقضاؤها .

(١) بطلان الشركة المدنية العقارية :

٢٨٩ - يتم تأسيس الشركة المدنية العقارية لأجل تنفيذ احدى عمليات التأجير التمويلى . وبالتالى لا تقوم الشركة من اجل مزاولة نشاط محدد كما هو الأصل فى تأسيس الشركات وانما من اجل تنفيذ صفقة محددة بشروط يرتضيها العاقدان . لذلك يثور التساؤل حول مدى توافر الاركان الموضوعية الخاصة للشركة بوجه عام فى تلك الشركة المدنية العقارية التى تقوم بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، فضلا عن ضرورة توافر الاركان الشكلية فى هذه الشركة تطبيقا للقواعد العامة . وترجع اهمية طرح هذا التساؤل الى ما يترتب على تخلف احد هذه الاركان من بطلان يمكن لكل ذى شأن اثارته .

٢٩٠ - لاشك اولا فى توافر ركن تعدد الشركاء اذ يتم تأسيس الشركة المدنية العقارية بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد . كذلك فيما يتعلق بركن تقديم الحصص اذ يكون للشركة رأسمال يملك المستفيد منه الجانب الأكبر من الحصص فى حين لاتشارك شركة التأجير التمويلى الا بنسبة ضئيلة فيه . وحكمة ذلك ان التأجير التمويلى ينقضى بنزول الشركة الممولة عن الحصص المملوكة لها الى المستفيد فيصير الشريك الاوحد فى الشركة المدنية العقارية مما يؤدى الى انقضائها

---

(١) CABRILLAC, op . cit , No 108 .

(٢) OUERDRAOGO, op . cit , P .332 .

وايلولة اصولها الى المستفيد [1] . وحيث ان قيمة الحصص المملوكة لشركة التأجير التمويلى ضئيلة لا يتحمل المستفيد عبئا ماليا كبيرا عند تمكه العقار ، وهذا ما يتسق واهلاك شركة التأجير التمويلى لقيمته خلال عقد التأجير التمويلى العقارى .

ولكن يلاحظ ان قيمة رأسمال الشركة المدنية العقارية ضئيلة فى ذاتها ولا تسمح بتغطية تكلفة شراء العقار او بنائه . الا انه يمكن الاستعاضة عن ذلك باللجوء الى الاقتراض ، وهذا ما يتحقق بالفعل اذ ترتبط الشركة المدنية العقارية بشركة التأجير التمويلى بموجب عقد قرض يسمح بتغطية تكلفة الشراء او البناء مقابل ارتهان المقرض للعقار المؤجر [2] . وجدير بالاشارة الى انه فى مثل هذا الفرض وحده يظهر عنصرا جديدا ، وهو عقد القرض ، ضمن عناصر عملية التأجير التمويلى بمعناها الواسع ، فى حين انه فى الفروض الأخرى قد تلجأ شركة التأجير التمويلى الى الاقتراض لكن القرض يظل خارجا عن دائرة عملية التأجير التمويلى .

٢٩١ - اما عن ركن اقتسام الأرباح والخسائر فلا ذكر لأحكامه التفصيلية فى عقد تأسيس الشركة المدنية العقارية ، ولا اثر لذلك على صحة الشركة اذ لا يبطل طبقا للقواعد العامة سوى شروط الأسد . اما فى حالة سكوت عقد الشركة عن تنظيم هذه المسألة تكمل القاعدة القانونية ارادة الشركاء و بمقتضاها يتحقق اقتسام الأرباح والخسائر حسب نصيب كل شريك فى رأسمال الشركة [3] .

ومع ذلك يثور التساؤل عما اذا كان مقدراً للشركة المدنية العقارية تحقيق الربح

---

(١) ويلاحظ انه طبقا للمادة ١٨٤٤- ٥ من التقنين المدنى الفرنسى ، المعدلة بموجب القانون رقم ٧٨- ٩ بتاريخ ٤ يناير ١٩٧٨ فى شأن الشركات (Journal Officiel, 5 janvier 1978 , Dalloz 1978 , Législation 69 . P . 179) , لايؤدى تركيز الحصص فى يد شريك واحد الى انقضاء الشركة بقوة القانون . الا انه يجوز لكل ذى طلب حل الشركة اذا لم يتم توفيق الاوضاع داخل الشركة خلال سنة . ويترتب على ذلك انه يجوز للمستفيد البقاء كشريك اوحد فى الشركة المدنية العقارية لمدة سنة ، كما يجوز له طلب حل الشركة بمجرد تركيز جميع الحصص فى يده .

(٢) SAUCEDO - POLO, op , cit , p. 79 .

(٣) المادة ١٨٤٦ - ١ من التقنين المدنى الفرنسى .

والفرض انه لا يتم تأسيسها من اجل مزاولة نشاط اقتصادى بل من اجل تحقيق صفقة محددة . فالشركة ترتبط بالمستفيد بموجب عقد التأجير التمويلى ، وتمثل اقساط الأجرة عوائد لهذه الشركة . كذلك ترتبط الشركة المدنية العقارية بشركة التأجير التمويلى بموجب عقد القرض وتلتزم بالتالى برد اصل القرض والوفاء بالفوائد المقررة عنه . ويكفى فى هذا الصدد ان يكون معدل الاهلاك المالى ومعدل الفائدة الاجمالية لكل من التأجير التمويلى والقرض واحدا لكى يقتصر دور الشركة المدنية العقارية فى واقع الأمر على قبض اقساط الأجرة من المستفيد تنفيذا لعقد التأجير التمويلى وتسليمها الى الشركة الممولة تنفيذا لعقد القرض . ويترتب على ذلك انه لامجال للبحث عن ارباح تحققها الشركة المدنية العقارية او خسائر تتكبدها [١] .

واذا أنّ لشركة التأجير التمويلى ان تكون معدلات اقساط الأجرة اسرع من معدلات اهلاك القرض فإنه يتم تسوية الامر باعتبار الفارق مقابل نفقات الشركة المدنية العقارية كمشروع ومكافأة الادارة التى تتقرر للشركة الممولة بوصفها المدير النظامى للشركة المدنية العقارية [٢] .

٢٩٢ - ويبقى بعد ذلك ركن نية الاشتراك اى اتجاه النية الى المشاركة فى تحقيق مشروع الشركة من أجل اقتسام الارباح الناشئة عنه . ويتمثل مشروع الشركة المدنية العقارية فى تنفيذ عملية التأجير التمويلى العقارى بكل ما تحمله من تناقضات بين مصالح شركة التأجير التمويلى ومصالح المستفيد . ويثور معه التساول حول مدى توافر نية الاشتراك فى مثل هذا الوضع : يلاحظ اولا ان نية الاشتراك تنصب على

---

(١) وجدير بالاشارة الى انه يمكن من الوجهة النظرية اثارة الطابع الربوى للفائدة المقررة عن القرض تطبيقا للقانون رقم ٦ - ١٠١٠ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٦٦ الخاص بالربا (الجريدة الرسمية الفرنسية ، ٢٩ ديسمبر ١٩٦٦) . لكن بمراعاة ان الشركة المدنية العقارية هى وحدها صاحبة المصلحة فى اثارة الأمر لن يتحقق ذلك من الوجهة العملية لهيمنة شركة التأجير التمويلى عليها بوصفها مديرا نظاميا لها .

(٢) ويلاحظ انه منذ صدور قانون الشركات رقم ٤ يناير ١٩٧٨ يمكن طلب عزل المدير دائما وان تم تعيينه فى نظام الشركة . انظر فى ذلك : LAGARDE : Société civile , Encyclopédie Dalloz Civil VII , 1980 , No 83 et 84 .

مشروع الشركة بما تقتضيه من تعاون وتضافر الجهود من اجل تحقيق هذا المشروع . ولكن اذا كانت مصلحة الشركاء فى تحقيق مشروع الشركة مشتركة فإن ذلك لا يحول دون نشوء الصراع بينهم حول اغتنام عوائده فى صورة ارباح . والقول بخلاف ذلك لايفسر اتجاه جل الانظمة القانون نحو ابطال شرط الاسد [١] .

وتطبيقا لذلك على التأجير التمويلى العقارى لا شك ان الطرفين يهدفان الى تحقيق غرض الشركة اى تنفيذ عقد التأجير التمويلى ، وإن توقف مفهوم نية الاشتراك عند هذه الحدود فهو ركن يتوافر فى الشركة المدنية العقارية . اما التناقضات المصلحية التى تنشأ عن التأجير التمويلى فلم تعد من الوجهة القانونية قائمة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد بل بين الشركة المدنية العقارية كشخص معنوى والمستفيد، وتقتصر العلاقة القانونية الوحيدة التى تربط بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد على تلك الناشئة عن ابرام عقد تأسيس الشركة المدنية العقارية .

٢٩٣ - اما عن الاركان الشكلية الواجب توافرها فى الشركة المدنية العقارية فإن القواعد العامة تفرض على الشركاء اتخاذ بعض الاجراءات لتأسيس الشركة ، ويترتب على تخلفها بطلان الشركة [٢] . ويجرى العمل على قيام المستفيد باتخاذ هذه الاجراءات بوصفه وكيلا عن شركة التأجير التمويلى . و مؤدى ذلك اتخاذ المستفيد تلك الاجراءات لحسابه الخاص بوصفه شريكا ولحساب شركة التأجير التمويلى ايضا بوصفه وكيلا عنها . ويندرج هذا التكليف فى اطار من الوكالة الادارية التى تجيز للشركة الممولة اثارة مسئولية المستفيد فى حالة اخلاله باتخاذ الاجراءات اللازمة لتأسيس

---

(١) LE GALL : Nullité , Encyclopédie Dalloz Sociétés , IV, 1971 , No 14 .

(٢) حول اسباب بطلان الشركات طبقا للقواعد العامة فى القانون الفرنسى قبل صدور قانون ٤ يناير ١٩٧٨ : LE GALL, op . cit وفى ظل هذا القانون الأخير انظر . LAGARDE, op . cit ,No 54 et s. اما عن اثر الأحكام الخاصة بالشركات التجارية طبقا لقانون ٢٤ يوليو على القواعد العامة فى شأن انقضاء الشركات انظر: NGUYEN XUAN : La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 Juillet 1966, Dalloz 1968, Chronique 277 .

الشركة المدنية العقارية [1] .

وطبقا للمادة ١٨٤٤ - ١١ من التقنين المدنى الفرنسى [2] تنقضى دعوى بطلان الشركة اذا زال سبب البطلان قبل الفصل فى الدعوى امام محكمة اول درجة . ولايستثنى من ذلك سوى بطلان الشركة لعدم مشروعية الغرض الذى قامت من أجل تحقيقه . ويترتب على ذلك امكانية تصحيح البطلان قبل الفصل فى الدعوى طبقا للاجراءات التى ينص عليها القانون فى هذا الشأن [3] ، وبالتالى يجوز للمستفيد اتخاذ الاجراءات الشكلية اللازمة لتأسيس الشركة المدنية العقارية بالرغم من الطعن فى الشركة بالبطلان .

(٢) انقضاء الشركة المدنية العقارية :

٢٩٤ - لا يتضمن عقد تأسيس الشركة المدنية العقارية فى اطار التأجير التمويلى العقارى ادنى نصوص خاصة بانقضاء الشركة واثر ذلك على الاستمرار فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى . وانما يتضمن العقد وعدا بنزول شركة التأجير التمويلى عن ملكية حصصها فى الشركة الى المستفيد فى نهاية مدة تأجير العقار له شريطة ان يقوم المستفيد بتنفيذ التزاماته الناشئه عن هذا العقد على اكمل وجه [4] .

ويترتب على ذلك ان سبيل انقضاء الشركة الأوحد الذى يواجهه الطرفان بنص صريح هو اجتماع حصص الشركة فى يد المستفيد . الا ان الامر يتوقف على مدى احترام المستفيد لتعهداته الناشئة عن عقد الايجار المبرم بينه وبين الشركة المدنية العقارية . ويعنى ذلك انقضاء الشركة المدنية العقارية فى حالة فسخ عقد التأجير التمويلى وذلك للأسباب الآتية : ففى حالة اخلال المستفيد بالتزاماته يمكن للشركة طلب فسخ العقد، وتتخذ شركة التأجير التمويلى هذا القرار بوصفها المدير النظامى

---

(١) CABRILLAC , op . cit , No 80 .

(٢) المضافة بموجب القانون رقم ٧٨ - ٩ بتاريخ ٤ يناير ١٩٧٨ .

(٣) LAGARDE, op .cit., No 61 .

(٤) OUERDRAOGO, op . cit , P 331 .

للشركة . ويترتب على ذلك استرداد الشركة المدنية العقارية للعقار والتزام المستفيد بدفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى الذى يتضمنه كل عقد تأجير تمويلى على ماسنرى . وان صارت الشركة المدنية العقارية عاجزة عن رد اصل القرض و دفع الفوائد المقررة عنه الى شركة التأجير التمويلى تستطيع هذه الاخيرة التنفيذ على العقار بموجب مالها من رهن مقرر على العقار المؤجر . وفى هذه الحالة تنقضى الشركة المدنية العقارية بهلاك جميع مالها او ذلك الجزء الكبير منه الذى يمثله العقار بحيث لا تبقى فائدة فى استمرارها [١] .

ويتضح من ذلك كله ان بقاء الشركة المدنية العقارية قائمة هو الذى يتوقف على تنفيذ عقد التأجير التمويلى ، على الأقل فيما واجهه الطرفان من فروض . ففى حالة تنفيذ المستفيد لإلتزاماته الناشئة عن عقد التأجير التمويلى تنقضى الشركة المدنية باجتماع حصصها فى يده ، اما فى الحالة العكسية تنقضى الشركة بهلاك مالها على اثر تنفيذ شركة التأجير التمويلى على العقار المرهون .

٢٩٥ - ومع ذلك هناك من الاسباب المقررة قانونا لا نقضاء الشركات ما يمكن تحققه بغض النظر عن تنفيذ المستفيد لالتزاماته الناشئة عن عقد التأجير التمويلى ، واهم هذه الاسباب فى اطار عملية التأجير التمويلى وفاة المستفيد او اعساره او افلاسه او الحجر عليه . ويثور التساول حول اثر انقضاء الشركة المدنية العقارية لأحد هذه الاسباب على عقد التأجير التمويلى . الا ان العقد المتقدم يصطبغ طبقا لنصوصه بطابع الاعتبار الشخص اذ لا يخلو عادة من النص على انقضائه فى حالة وفاة المستفيد او اعساره او افلاسه او الحجر عليه [٢] . ويترتب على ذلك ان انقضاء كل من الشركة المدنية العقارية وعقد التأجير التمويلى يتعاصران ، ولا تختلف الآثار المترتبة على ذلك

---

(١) المادة ١٨٤٤ - ٧ بند سابعا من التقنين المدنى الفرنسى المعدلة بموجب القانون رقم ٨٥ -٩٨ بتاريخ ٢٥ يناير ١٩٨٥ .

(٢) BEY : De la symbiotique ..., op . cit , P .189 . CAPORALE, op . cit, P 215 . CROIZAT, op . cit , P . 159 . BALME , op . cit , No 82 .

عما سبق عرضه فى حالة فسخ العقد لإخلال المستفيد بالتزاماته باستثناء التزام هذا الاخير بدفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى [1] . ومؤدى ذلك امكانية التنفيذ على العقار المرهون من قبل شركة التأجير التمويلى قبل الخوض فى معترك تصفية الشركة المدنية العقارية التى يتفاداها الطرفان فى جميع الأحوال .

ومن ذلك يتبين لنا ان بقاء الشركة قائمة هو مفترض اولى فى نظر العاقدين لتنفيذ التأجير التمويلى العقارى ، حيث ان من المقرر ان الشركة كشخص معنوى هى التى تكتسب ملكية العقار وتكون طرفا فى جميع العقود اللازمة لذلك ثم تقوم بتأجيره الى المستفيد . ولئن كان الطرفان ينظمان تنفيذ عقد التأجير التمويلى فى هذا الاطار الا انهما لم يواجها الفرض الذى تنقضى فيه الشركة المدنية العقارية قبل وضع التأجير التمويلى موضع التنفيذ . ومع ذلك يمكن القول باعتبار ان الشركة سوف تصبح الطرف المتعاقد فى التأجير التمويلى بوصفها مؤجرة للعقار بعد شرائه او بنائه ان زوالها قبل ذلك يفضى حتما الى امتناع ابرام العقد، خاصة ان جل اسباب انقضائها فى هذه المرحلة ترجع الى شخص المستفيد وهو مايفضى الى زوال عقد التأجير التمويلى فى كل الفروض اى بغض النظر عن اللجوء الى تأسيس الشركة المدنية العقارية .

٢٩٦ - خلاصة القول اذن فى شأن تكوين عقد التأجير التمويلى ان ضمان قدرة المستفيد على تحمل الأعباء المالية الناشئة عن العقد هو ما تعول عليه شركة التأجير التمويلى بصفة اساسية لقبولها التعاقد . ويقتضى تنفيذ العقد وضع المال ، منقولا كان ام عقارا ، تحت تصرف المستفيد. وتثور فى سبيل ذلك كافة المسائل الفنية المتعلقة بالمال والتى قد تفضى الى نشوء اشكالات تحول دون بدء سريان عقد التأجير التمويلى. ويدور اتفاق الطرفين فى هذا الصدد حول محورين اساسيين : يتمثل الاول فى توقف سريان عقد التأجير التمويلى على انهاء جميع المسائل الفنية المشار اليها ، بينما يتمثل الثانى فى تحمل المستفيد جميع التبعات الناشئة عن ذلك وتقرير مسئوليته فى مواجهة شركة التأجير التمويلى عن جميع الأضرار التى قد تلحق بها .

---

(١) OUERDRAOGO,op. cit., P . 298 .

ويتأكد بالتالى الطابع المالى البحت للتأجير التمويلى اذ من جانب تتمحض ضوابط قبول التعاقد فى ضوابط مالية صرفة ومن جانب آخر تبقى شركة التأجير التمويلى بمنأى عن اقتحام المسائل الفنية المتعلقة بتنفيذ العقد المسمى اتفاقا بالايجار. واذا كان ذلك قد بدا جليا بمعرض الحديث عن تكوين عقد التأجير التمويلى يلزم علينا اظهار ما اذا كانت الآثار الناشئة عن العقد تعززه . وهذا ما ننتقل اليه الآن .

المبحث الثانى
آثار عقد التأجير التمويلى

٢٩٧ - لاشك ان عقد التأجير التمويلى عقد ملزم للجانبين اذ يقتضى تنفيذه قيام المستفيد بدفع اقساط الأجرة مقابل الانتفاع بالاصل المؤجر، وتلتزم شركة التأجير التمويلى بوصفها المالك المؤجر للأصل بتمكين المستفيد من الانتفاع به .

ومع ذلك يلعب حق الملكية دورا خاصا فى اطار التأجير التمويلى اذ هو بمثابة الضمان الرئيسى المقرر للشركة الممولة ضد خطر اعسار المستفيد وعجزه عن الوفاء باقساط الأجرة المقررة . ويترتب على ذلك ان التزامات المستفيد بالمحافظة على الأصل المؤجر لا تتحدد معالمها بالنظر الى مصلحة كل مؤجر فى الحفاظ على العين المؤجره بوصفها محلا للاستغلال الذى يدرى عليه دخلا ، وانما تتجاوز هذا المفهوم الى الحفاظ على الضمان المقرر للشركة الممولة .

واذا نعرض لإلتزامات كل من شركة التأجير التمويلى والمستفيد يجب الا يغيب عن البال تلك الخصائص المميزة للتأجير التمويلى باعتباره تمويلا يضمنه حق ملكية الأصل محل التمويل، وذلك حتى يتسنى لنا ادراك اسباب تجاوز التزامات الطرفين حدود الآثار المترتبة على عقد الايجار فى صورته التقليدية .

المطـلب الأول

التزامات شركـة التأجير التمويلي

٢٩٨ - تلتزم شركة التأجير التمويلي بوضع مال محدد تحت تصرف المستفيد، وذلك تنفيذا لالتزامها بتمكينه من الانتفاع به . ومع ذلك يثور التساول عما اذا كان هناك التزام آخر يسبق تنفيذ الالتزام بوضع المال تحت تصرف المستفيد وهو التزام الشركة بالتمويل . ومن جانب آخر تمثل امكانية تملك المستفيد للأصل المؤجر ركنا من اركان التأجير التمويلي ، لذلك يمكن القول بالتزام شركة التأجير التمويلي بنقل ملكية المال المؤجر الى المستفيد .

وعلى ذلك نعرض لالتزامات الشركة في ثلاثة فروع متتالية : نبحث التزامها بالتمويل في الفرع الاول ، ثم التزامها بتمكين المستفيد من الانتفاع بالمال في الفرع الثاني ، واخيرا نعرض لالتزامها بنقل ملكية المال الى المستفيد في الفرع الثالث .

الفــرع الاول

التزام الشركة بالتمويل

٢٩٩ - يعد التمويل في اطار عقد التأجير التمويلي بمثابة العنصر الحاضر الغائب. فالعقد بوصفه ايجارا يقترن به امكان نقل ملكية الأصل المؤجر الى المستفيد لا يرتب على عاتق شركة التأجير التمويلي التزاما متميزا بالتمويل ، وانما يقتصر اثره على الزام الشركة بتمكين المستفيد من الانتفاع بالأصل المؤجر . ومع ذلك يضفي التمويل ظله على كافة الآثار الناشئة عن عقد التأجير التمويلي اذ على ضوئه يتحدد نطاق اداءات الطرفين [١] ، وهو بالتالي اقرب الى « شبح » يلعب دورا جوهريا في تنفيذ العقد منه الى التزام مستقل ومتميز ينشأ عنه.

---

(١) فطبقا لأنصار نظرية الايجار في تكييف عقد التأجير التمويلي لا يكون الايجار المتضمن فيه إيجاراً تقليديا بل هو ايجار مالي يبرر الخروج على القواعد العامة في عقد الايجار .وطبقا لهؤلاء تتحقق=

ولقد رأينا بمعرض الحديث عن تكوين عقد التأجير التمويلى ان الشركة المؤجرة تتعهد بتمكين المستفيد من الانتفاع بأصل يختاره ويحدد اوصافه وبائعه او يشرف تحت مسئوليته على اعمال بناء العقار . ولا يذكر عقد التأجير التمويلى صراحة التزام الشركة بتمويل الأصل المؤجر . ويستثنى من ذلك فرض بناء العقار اذ يتولى الاتفاق التمهيدى تحديد دور مختلف الأطراف فى مرحلة البناء ويذكر فيه صراحة انه على شركة التأجير التمويلى تمويل تكلفة البناء حسب مراحله المختلفة . لكنه التزام ينشأ عن الاتفاق التمهيدى ، وما هو الاعقد يمهد لإبرام عقد التأجير التمويلى ويتميز عنه مما لا يجوز معه القول بان عقد التأجير التمويلى بمفهومه الضيق يرتب على عاتق شركة التأجير التمويلى التزاما بالتمويل وانما يقتصر محل هذا العقد الاخير على تمكين المستفيد من الانتفاع بالعقار[١] .

٣٠٠ - واذا كان الفقه الفرنسى لا ينكر عنصر التمويل فى اطار التأجير التمويلى الا ان الخلاف يثور فيما بينه حول مدى اعتباره ركنا من اركان العقد . فالبعض يرى ان التأجير التمويلى وان كان يمكن تحليله من الوجهة الاقتصادية باعتباره عقد قرض يتم اهلاكه خلال مدة التأجير الا انه لا يقوم من الوجهة القانونية الا بوصفه عقد ايجار[٢] . بينما يعيد البعض الآخر النظر فى تكييف عقد التأجير التمويلى ويعتبره قرضا فيبرز عنصر التمويل باعتباره الالتزام الرئيسى الذى تلتزم به شركة التأجير التمويلى[٣] . و يلاحظ بعض الفقه دون خوض اشكاليات التكييف القانونى انه على ضوء التنظيم الاتفاقى لإلتزام شركة التأجير التمويلى بتمكين المستفيد من الانتفاع ينحصر الاداء الأوحد الذى تقوم به الشركة فى دفع ثمن تملك

= عملية منح الائتمان من خلال قالب تعاقدى محدد هو عقد الايجار :
BEY et GAVALDA : Le crédit - bail mobilier, op.cit., P. 48 et49 .

(١) CALAIS -AULOY, op.cit.,N0 75 .OUERDRAOGO,op.cit,P .179 .
BALME , op .cit , No 162 .

(٢) BEY et GAVALDA : Le crédit - bail mobilier , op. cit ., P . 30 .

(٣) CALON: Crédit-bail immobilier et statut des baux commer ciaux, JCP 1977 I 2842, No 4. Giovanoli, op. cit., p. 370. No 464.

الأصل [1] ، وهو ما يعد فى واقع الأمر التعبير القانونى عن الالتزام بالتمويل .

ويرتبط الأمر فى تقديرنا بالكيفية التى يتحقق بها وضع التأجير التمويلى موضع التنفيذ . ذلك انه على ضوء البناء الارادى للعملية و اللجوء الى ابرام عدة عقود مستقلة يتوقف تنفيذ بعضها على إبرام وتنفيذ بعضها الآخر لا نجد أثرا مباشرا لالتزام شركة التأجير التمويلى بالتمويل . وقد رأينا ان بدءسريان عقد التأجير التمويلى يتوقف على تسلم المستفيد للأصل وبدء انتفاعه به ، وهو امر يفترض سبق ابرام وتنفيذ عدة عقود كالبيع او المقاولة او الشركة المدنية العقارية او الوكالات المختلفة من جانب ويظهر فيه توجيه مختلف هذه القوالب نحو تحميل المستفيد جميع المسئوليات الناشئة عن تنفيذها من جانب آخر . ولكن العنصر الجوهرى الذى يغفله الفقه الفرنسى ، بوعى او بلا وعى، انه من خلال ابرام وتنفيذ بعض هذه العقود تكتسب شركة التأجير التمويلى ملكية الاصل . وبعبارة اخرى تضمن الشركة اكتساب ملكية الأصل قبل بدء سريان عقد التأجير التمويلى .

ويمكن القول والحال هذه ان عقد التأجير التمويلى يرتب التزاما على عاتق شركة التأجير التمويلى بالتمويل ، لكنه التزام معلق على شرط اكتسابها ملكية الأصل محل التمويل ويتحمل المستفيد جميع تبعات عدم تحققه . ويعنى ذلك ان الشركة الممولة تلجأ الى تحقيق العملية على هذا النحو لكى تنفى كل مسئولية عن عاتقها فى حالة اخلالها بالتزامها بالتمويل اذ يقتضى تنفيذه تدخل شخص ثالث هو البائع او مقاول انشاء المبانى . وليس خافيا على احد ان تنفيذ هذا الالتزام يكون تجاه البائع او المقاول وليس تجاه المستفيد طالب التمويل ولا يقتضيه سوى حرص شركة التأجير التمويلى على تملك المال المؤجر . وتكتسب الشركة هذه الملكية من البائع او المقاول بحسب الأحوال .

٣٠١ - وجدير بالاشارة الى ان من اولى التحليلات القانونية لعقد التأجير التمويلى ماذهب الى ان العقد يتضمن وعدا ملزما للجانبين بالتأجير حيث لا يكون فى

---

(١) CAPORALE, op. cit., P. 43 .

مقدور الشركة تمكين المستفيد من الانتفاع بالأصل فور ابرام العقد [١]. واذا كان القول المتقدم يقر بالطبيعة الايجارية لعقد التأجير التمويلى الا انه يعبر عن الالتزام بالتمويل فى صورة الزام الشركة بتنفيذ الوعد بالتأجير ، اذ لن يكون ذلك فى مقدورها مالم يتوافر لها السند القانونى لتمكين المستفيد بالانتفاع و الذى يقتضى منها بالضرورة الوفاء بثمن تملك الأصل . ويترتب على ذلك ان تصبح الشركة مسئولة عن اخلالها بهذا الالتزام لإخلالها بتنفيذ وعدها بالتأجير . ومع ذلك لم ينكر الفقه وجود عقود الوكالة والتى من شأنها تحميل المستفيد جميع تبعات الاشكالات الناشئة عن وضع التأجير التمويلى موضع التنفيذ . وكأن المستفيد وحده هو المسئول عن عدم تنفيذ الوعد بالتأجير .

لذلك فإن القول بترتيب العقد التزام على عاتق شركة التأجير التمويلى بالتمويل لايتسق وذلك البناء الارادى للكيفية التى تتحقق بها العملية والتى لم يعد كل من المشرع والقضاء الفرنسيين النظر فيها ، اذ يصعب القول بنشوء التزام على عاتق احد العاقدين فى حين يتحمل العاقد الثانى المسئولية الناشئة عن الاخلال به . ومع ذلك اذا كان الاخلال بابرام او تنفيذ اى من العقود اللازمة لوضع التأجير التمويلى موضع التنفيذ راجعا الى محض ارادة شركة التأجير التمويلى فلاشك فى اثارة مسئوليتها التعاقدية [٢] . ولكن يكفى فى هذا الصدد اثاره اخلالها بالتزامها بتمكين المستفيد من الانتفاع بالأصل .

ونضيف الى ذلك ان اخفاء الالتزام بالتمويل على هذا النحو يحقق مصلحة للشركة الممولة ، اذ لا يظهر المستفيد الا بوصفه راغبا فى الانتفاع بالاصل فى حين انه يريد تحقيق استثمار محدد ولايجأ الى شركة التأجير التمويلى الا من اجل تمويل هذا الاستثمار . ثم ان الالتزام بالتمويل يكشف عن الدور التأمينى وبالتالى المؤقت الذى يلعبه حق ملكية الأصل وكان مؤدى الاقرار بذلك القول بانتقال ملكيته الى المستفيد

---

(١) CHAMPAUD : Le leasing , 1965 , op . Cit. , No 28 .

(٢) CALAIS - AULOY, op. Cit., No 118 .

بمجرد تمام تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته الناشئة عن العقد دون حاجة الى اختلاق وعد بالبيع. واذا كانت شركات التأجير التمويلى تميل الى تحقيق هذه النتيجة الا ان خشيتها من موقف القضاء واعادته للنظر فى تكييف عقد التأجير التمويلى بوصفه ايجارا املت عليها مجرد تقرير امكانية تملك الاصل لمصلحة المستفيد(١).

الفـرع الثانـى

التزام الشركة بتمكين المستفيد من الانتفاع

٣٠٢ - طبقا للقواعد العامة فى عقد الايجار يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمال المؤجر ، وهو التزام ايجابى يتفرع عنه ثلاثة التزامات اساسية : الالتزام بتسليم المال المؤجر والالتزام باجراء الصيانة الضرورية له الإلتزام بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية نحو المستأجر (٢) .

وباعتبار عقد التأجير التمويلى عقد ايجار تكون شركة التأجير التمويلى ملتزمة بتسليم المنقول اوالعقار الى المستفيد وصيانته وضمان التعرض للمستفيد وضمان ما قد يعترى المال المؤجر من عيوب خفية (٣) .

الا اننا رأينا كيف يتحقق تسلم المستفيد للمال بمعرض الحديث عن بدء سريان عقد التأجير التمويلى ، فالاداءات تظل محصورة بين المستفيد والبائع او المقاول وباعتبار المستفيد وكيلا او مقاولا بحسب الأحوال يتحقق التسلم تحت مسئوليته الكاملة . ولذلك لا تقوم الشركة من الوجهة المادية بتسليم المال الى المستفيد كما لا يمكن اثارة مسئوليتها بسبب اخلالها بالتزامها بالتسليم ما لم يكن الأمر راجعا الى امتناع الشركة عن ابرام وتنفيذ عقد البيع المبرم بينها وبين البائع (١) .

---

(١) فى هذا المعنى : MASSIN, op . cit , P .36 .

(٢) OVERSTAKE : Essai de classification des contrats spéciaux, Thèse Droit , Bordeaux , 1966 , P . 98 et . s

(٣) BEY : De la symbiotique ...op . cit., P . 159 .

ومن جانب آخر يتضمن عقد التأجير التمويلى نصا باعفاء شركة التأجير التمويلى من الالتزام باجراء الصيانة الضرورية التى تقتضيها المحافظة على المال المؤجر ، بل انه يجعل هذا الالتزام بنص صريح فيه على عاتق المستفيد (٢) . ويعتبر مثل هذا الاتفاق صحيحا لعدم تعلق نص المادة ١٧١٩ من التقنين المدنى الفرنسى بالنظام العام (٣) .

ولا يتبقى بعد ذلك سوى الالتزام بالضمان الذى يواجهه العقد بنصوص خاصة . والمبدأ العام فى هذا الصدد هو اعفاء شركة التأجير التمويلى من اى التزام بالضمان على ان يتقرر للمستفيد حق الرجوع المباشر على البائع او المقاول بحسب الأحوال (٤) . والأمر فيه تفصيل ولذلك نعرض اولا لشرط اعفاء شركة التأجير التمويلى من الالتزام بالضمان ثم نعرض بعد ذلك لرجوع المستفيد على البائع او المقاول .

اولا : اعفاء شركة التأجير التمويلى من الالتزام بالضمان :

٣٠٣ - تقضى عقود التأجير التمويلى باعفاء الشركة المؤجرة بصفة مطلقة من كل مسئولية تنشأ عن اعاقة يواجهها المستفيد فى استعماله للأصل المؤجر ، وذلك بنصها على ان الشركة لا تلتزم بالضمان فى حالات تهالك المال او تشغيله السئ او نقص عوائده الناشئة عن عيب يعتريه (١) .كما تنص على انه خروجا على حكم المادة

---

(١) CAPORALE , op . cit , P . 43 .

(٢) CREMIEUX - ISRAEL, op . cit . P . 63 . CAPORALE, op . cit , P. 43 . LEQUIN, op . cit , P 25 . CALAIS - AULOY , op . cit, No 84. OUERDRAOGO, op . cit , P . 300 . CROIZAT, op. cit , P .167 . OHL, op . cit , P . 60 .GIOVANOLI, op . cit, P . 401 No 502

(٣) RIPERT et BOULANGER, op. cit , Tome 3, P. 569 No 1735 .

(٤) GIOVANOLI, op . cit , P.240 No 300. CREMIEUX - ISRAEL, op. cit , P 52 . CAPORALE, op. cit, P. 150. LEQUIN, op .cit., P.24. CROIZAT, op . cit , P .98. BALME, op . cit , No 69 . RODIERE et RIVES- LANGE, op .cit , P .415 No 333.

١٧٢٤ من التقنين المدنى لا يجوز للمستفيد الرجوع على شركة التأجير التمويلى بالفسخ او التعويض اذ تبين عدم صلاحية المال لأى سبب من الاسباب فضلا عن احقيته فى طلب خفض مقدار الاجرة المقررة اتفاقا (٢).

ويبرر الفقه الفرنسى اعفاء شركة التأجير التمويلى من الالتزام بالضمان ببقائها بمنأى عن جميع المسائل الفنية المرتبطة بتنفيذ عقد التأجير التمويلى : ففى حالة شراء الأصل لاتتدخل الشركة فى اختيار المستفيد للمال وبائعه من جانب (٣). كما انها لا تتدخل فى امور تسليم وتسلم المال من جانب آخر (٤) . وفى حالة بناء العقار يتم البناء تحت اشراف ومسئولية المستفيد وهو الذى يتسلمه مباشرة من المقاول الذى قام بتشييده (٥) .

ومن ذلك يتضح ان اعفاء شركة التأجير التمويلى من الالتزام بالضمان يأتى على نحو مطلق ولا يشترط لإعماله ثمة شرط يجب توافره . ومع ذلك يجب تحديد

---

(١) GIOVANOLI, op . cit , P .240 No 300 . CREMIEUX - ISRAEL, op . cit , P . 52 . CAPORALE, op . cit , P . 150 . LEQUIN, op . cit , P. 24 . CROIZAT. op . cit , P . 98. BALME, op. cit . No 69 . RODIERE et RIVES - LANGE, op . cit , P.415 No 333.

(٢) ولا يفوت على عقود التأجير التمويلى مواجهة فرض بقاء الأصل غير صالح للاستعمال لمدة تزيد على اربعين يوما . ومن الملاحظ انه فى ١٩٠٢ كان PLANIOL (المرجع السابق ، ص ٥٢٥ ف ١٦٨١) يشير الى استبعاد عقود الايجار عادة تطبيق نص المادة ١٧٢٤ المشار اليه وما يتضمنه من تعويض لايتقرر الا فى حوال الضرورة .

(٣) LELOUP : JCP 1967 II 15291, note précitée . CABRILLAC, op. cit, No 96 . PARLEANI, op . cit, P .711 No 26 . HARICHAUX-RAMU , op . cit , P . 212 No 2 .

(٤) BEY : De la symbiotique ..., op . cit , P . 94 . CREMIEUX - ISRAEL, op . cit , P . 59 . CABRILLAC, op . cit , No 28 . CALAIS - AULOY , op . cit , N o 69 .
HARICHAUX-RAMU, op. Cit., p.216 No. 3. BAKOUKA, op. cit., p. 63.

(٥) OUERDRAOGO, op . cit , P . 215 , BALME, op . cit , No 172 . LEQUIN. op . cit , P . 23 . BOSC , op . cit , P . 50 .

نطاق الاعفاء من جانب وذلك للوقوف على ما اذا كانت عقود التأجير التمويلى تتجه نحو اعفاء الشركة الممولة من كل ضمان ام ان الامر مقصور على ضمان العيوب الخفية . ومن جانب آخر لم يترك القضاء الفرنسى الاعفاء من الضمان على هذا النحو المطلق وانما اشترط لإعماله توافر بعض الشروط .

أ) نطاق الاعفاء من الضمان :

٣٠٤ – لا تدع نصوص عقود التأجير التمويلى مجالا للشك حول اعفاء الشركة من ضمان العيوب الخفية التى تعترى الأصل المؤجر . فالشركة لا تكون مسئولة ايا كان نوع الضرر الذى يلحق المستفيد وقدره وايا كان التوقيت الذى يظهر فيه العيب الخفى . ويتنازل المستفيد عن اى رجوع على الشركة سواء للمطالبة بالتعويض او فسخ عقد التأجير التمويلى او انقاص الأجرة .

اذن يكون اعفاء شركة التأجير التمويلى من ضمان العيوب الخفية تاما ، لا يحده سوى مسئولية الشركة عن افعالها الشخصية [١] . لكن يصعب تصور هذا الفعل الشخصى الذى يجعل الشركة مسئولة عن العيوب التى تعترى الأصل المؤجر ، لأن الاصل لا يكون مطلقا فى حيازتها فى اى من مراحل التأجير التمويلى .

٣٠٥ – ويذهب جانب من الفقه الى ان الاعفاء المنصوص عليه فى عقود التأجير التمويلى لا يرد الا على ضمان العيوب الخفية وحده ، وبالتالى تظل شركة التأجير التمويلى ضامنة للتعرض والاستحقاق سواء كان ناشئا عن فعلها الشخصى او عن فعل الغير [٢] . لكن فى هذه الحالة الاخيرة لا تكون الشركة مسئولة الا عن التعرض المبنى على اسباب قانونية فقط ولا تضمن بالتالى التعرض المادى الصادر عن الغير [١] .

الواقع ان عقود التأجير التمويلى لا تذكر صراحة ضمان التعرض عند نصها

---

(١) COILLOT : Initiation ..., op . cit , P 171 .

(٢) GAVALDA et STOUFFLET, op . cit , P . 652 No 491 bis .
FOURNIER op . cit , No 22 .

على اعفاء الشركة الممولة من الضمان . والأخذ بحرفية النصوص يبقى على مسئولية الشركة عن حسن انتفاع المستفيد بالاصل المؤجر ، وذلك عدا ما هو منصوص عليه بخصوص ضمان العيوب الخفية . ويترتب على ذلك انه لا يجوز لشركة لتأجير التمويلى اعفاءها من التزامها بتمكين المستفيد من الانتفاع بالأصل والا امكن للمستفيد طلب فسخ العقد . ولاشك ان مثل هذا التخريج لا يتأتى الا باعتبار عقد التأجير التمويلى من قبيل عقود الايجار . اما اذا اخذ فى الاعتبار طابعه المالى لا يستقيم منطقا اثارة مسئولية شركة التأجير التمويلى عن ضمان التعرض الصادر عن الغير بعد ان قامت بتمويل الاصل . ولا يستثنى من ذلك الاحالات التعرض التى تستند الى فعل شركة التأجير التمويلى .

ومع ذلك يثور التساول عما اذا كانت عقود التأجير التمويلى بنصها على اعفاء الشركة المؤجرة من الضمان تهدف الى مد هذا الاعفاء الى ضمان التعرض ، وهو ما يعد شرطا صحيحا فى القانون نظرا لعدم تعلق نص المادة ١٧٢٦ من التقنين المدنى الفرنسى التى تلزم المؤجر بضمان التعرض الى المستأجر بالنظام العام [٢] . فبالإطلاع على نماذج عقود التأجير التمويلى الفرنسية يتبين لنا ان شروط الاعفاء تلى دائما بنود العقد المنظمة لالتزامات المستفيد فى مجال تسلم الأصل المؤجر . وتضع العقود مبدأ افتراض قبول المستفيد للأصل المؤجر على الحالة التى يكون عليها اذا ماتسلمه من البائع او المقاول بحسب الأحوال . ويترتب على ذلك الا تكون شركة التأجير التمويلى مسئولة عن الاشكالات التى تثور بمناسبة تسلم الاصل واستعماله . ثم تنص العقود على تحويل حق الشركة فى الضمان الى المستفيد مما يسمح لهذا الاخير

---

(١) حول التمييز بين التعرض المادى والتعرض القانونى فى القانون الفرنسى انظر :
PLANIOL, op . cit , p. 526 No 1683 .

وحول التزام المؤجر بضمان تعرض العيز المبنى على اسباب قانونية انظر :
RIPERT et BOULANGER, op . cit , P . 571 N0 1731 .

(٢) حول الطبيعة المكملة للقواعد الخاصة بالضمان بوجه عام انظر:
MAZEAUD (Henzi , Léon et Jean) : Leçons de droit civil , Tome 3, Montchrestien , Paris , 1960 , P . 944 No 1118 .

بالرجوع على البائع او المقاول [1] . ومن سياق هذه النصوص يبدو ان الأمر يتعلق بحالة الأصل الذى يتسلمه المستفيد مما يرجح معه ان نطاق الاعفاء من الضمان لا يشمل سوى ضمان العيوب التى تعتريه .

الا ان عقود التأجير التمويلى تتضمن شرطا عاما يأتى فى سياق البنود المنظمة لاستعمال المستفيد للأصل المؤجر ، مؤداه عدم جواز الرجوع على شركة التأجير التمويلى فى كل حالة يعجز فيها المستفيد عن استعمال الأصل على النحو المقرر مادام الامر لا يرجع الى الشركة المؤجرة ذاتها . وهذا الشرط بصياغته العامة يفيد اعفاء شركة التأجير التمويلى من كل مسئولية ايا كان نوع العائق الذى يحول دون استعمال المستفيد للأصل على النحو المقرر . ويكفى فى هذا الصدد الا يرجع الامر الى سلوك صدر من الشركة المؤجرة . ويترتب على ذلك ان الشركة لا تضمن تعرض الغير للمستفيد المبنى على سبب قانونى مالم يكن الحق الذى يستند اليه الغير قد آل اليه من الشركة نفسها .

٣٠٦ – ومؤدى ما تقدم ان عقود التأجير التمويلى تتضمن شرطين يفضيان الى اعفاء شركة التأجير التمويلى من المسئولية ، احدهما يعفى الشركة صراحة من ضمان العيوب التى تعترى الأصل المؤجر والآخر شرط عام باعفاء الشركة من المسئولية الناشئة عن عجز المستفيد عن استعمال الأصل على الوجه المقرر . واذ يكون القاضى ملزما بتفسير بنود العقد ببعضها البعض على نحو يسمح بالوقوف على دلالة كل منها كما تنتج عن الاتفاق فى مجمله [2] ، فضلا عن وجوب تفسير الالفاظ التى تحتمل اكثر من معنى على النحو الذى يتسق وطبيعة التعامل [1]، فلا يستطيع اغفال ما تحرص عقود التأجير التمويلى على تأكيده من عزوف شركة التأجير

(١) ولقد رأينا من قبل ان رجوع المستفيد على البائع او المقاول لا يقتصر على ما يكتشفه من عيوب ظاهرة فى الأصل عند استلامه وانما يمتد ايضا الى ضمان العيوب الخفية ، وذلك بالرغم من المعنى الظاهر الذى يوحى باقتصار الامر على حالة العيوب الظاهرة .

(٢) المادة ١١٦١ من التقنين المدنى الفرنسى .

التمويلى المطلق عن الانشغال بكل ما يتعلق من امور فنية خاصة بالأصل المؤجر .

واذ يحسم العقد اشكالات التسلم بافتراض قبول المستفيد للأصل على حالته من جانب وينص على عدم مسئولية شركة التأجير التمويلى اذا عجز المستفيد عن استعمال الأصل على النحو المقرر من جانب آخر يتقرر بذلك اعفاء الشركة الممولة من كل التزام بالضمان سواء تعلق الامر بضمان العيوب الخفية او بضمان التعرض .

ولكن يجب الاشارة الى ان جميع المنازعات التى عرضت على القضاء الفرنسى فى شأن الضمان انما تتعلق بضمان العيوب الخفية . ولذلك يثور التساول عما اذا كانت الحلول التى اتى بها القضاء انما جاءت بخصوص ما عرض عليها من اشكالات ، اى بعبارة اخرى يجب التحفظ بشأن هذه الحلول قبل مدها الى حالات ضمان التعرض بفرض اثارتها ، وذلك بالرغم من تشابه الآثار المترتبة على اثارة ضمان العيوب الخفية او ضمان التعرض .

ب) شروط الاعفاء من الضمان :

٣٠٧ - يتعلق الجانب الاكبر من المنازعات التى اثير امام القضاء الفرنسى بضمان العيوب الخفية فى اطار عقد التأجير التمويلى للمنقولات[٢] . وفيها اثير الجدل حول صحة ثلاثة شروط على وجه التحديد تتضمنها عقود التأجير التمويلى : شرط توكيل المستفيد فى اختيار المنقول وبائعه ، وشرط اعفاء الشركة المؤجرة من الالتزام بضمان العيوب الخفية ، وشرط حوالة حقوق الشركة الى المستفيد بالرجوع بالضمان على البائع .

---

(١) المادة ١١٥٨ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) فعلى الرغم من التنظيم الاتفاقى المتشابه فى كل من عقد التأجير التمويلى للمنقولات وعقد التأجير التمويلى العقارى الا ان تنفيذ هذا العقد الاخير لم يثر منازعات طرحت على ساحة القضاء الفرنسى . ويرجع ذلك الى عدة اسباب اهمها ندرة حالات عيوب الابنية نظرا لجودة صناعة المنتج العقارى فى فرنسا ولتسوية المنازعات وديا بدلا من الالتجاء الى القضاء حيث يتم تطبيق القواعد الصارمة المتعلقة بمسئولية مقاول انشاء المبانى .

ولقد تأثرت المحاكم الفرنسية التى دعيت الى الفصل فى تلك المنازعات بما استقر عليه القضاء الفرنسى منذ القرن التاسع عشر من عدم جواز حرمان المستأجر من جميع الدعاوى المقررة له قانونا فى مواجهة المؤجر [١] . وحرصا من القضاء على توفير حد ادنى من الحماية لمصالح المستأجر لم يقر بشروط الاعفاء من المسئولية على اطلاقها ، وهذا ما دفع بالمستفيدين الى اثارة الجدل حول صحة شرط الاعفاء من الالتزام بالضمان الذى تتضمنه عقود التأجير التمويلى .

٣٠٨ – وفى بادىء الأمر اتجهت احدى محاكم اول درجه الى اعتبار شرط الاعفاء من الالتزام بالضمان صحيحاً وانما بشرط ان تقرر شركة التأجير التمويلى للمستفيد حق الرجوع على البائع بالضمان [٢] . ويعنى ذلك ان المحكمة قدرت كفاية الحماية التى يتمتع بها المستفيد بتوفير الرجوع على البائع بالضمان .

وفى اعقاب صدور هذا الحكم ذهبت احدى محاكم الاستئناف الى ان شركة التأجير التمويلى لا تستطيع اعفاء نفسها من المسئولية تجاه المستفيد مالم يكن هذا الأخير قد تقررت له الحرية الكاملة فى اختيار الاصل وبائعه [٣]. يكفى اذن فى نظر هذا القضاءعدم تدخل شركة التأجير التمويلى فى اختيار الاصل وبائعه لصحة اعفائها من الالتزام بالضمان اذ ظلت بعيدة عن المسائل الفنية الخاصة بالاصل المعيب .

ولقد تعرضت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية للامر وقضت فى حكمين

---

(١) ولقد تحقق ذلك عن طريق التضييق فى تفسير شروط الاعفاء من الالتزام بتسليم العين المؤجرة بحالة صالحة للاستعمال وشروط الاعفاء من الالتزام بالضمان . انظر فى ذلك :

MALAURIE et AYNES , op. Cit., P . 288 et s .

(٢) Tribunal de commerce de Vervins , 18 Avril 1967 , JCP 1967 II 15291, note LELOUP .

(٣) Cour d' appel d' Agen , 15 Janvier 1969 , Revue de Jurisprudence commerciale, Journal des Agréés , 1973 , P . 35 .

لها بصحة شرط الاعفاء من المسئولية شريطة ان يتقرر للمستفيد حق الرجوع على البائع (١) . ويجب ان يكون هذا الرجوع فعليا بمعنى ان تكون حوالة حق الشركة الممولة الى المستفيد بالرجوع على البائع نافذا فى مواجهة هذا الأخير (٢) .

٣٠٩ – ويتضح من ذلك ان الطابع الثلاثى لعملية التأجير التمويلى يبرز على الساحة القانونية بجلاء فى مجال ضمان العيوب الخفية . فبالرغم من ان المستفيد شخص اجنبى عن عقد البيع المبرم بين البائع وشركة التأجير التمويلى الا ان رجوعه على البائع هو الذى يبرر فى نظر القضاء الفرنسى اعفاء الشركة من الضمان . ولقد اكدت محكمة النقض الفرنسية الحكم المتقدم فى عدة احكام متوالية (٣)، مما يمكن معه القول بان القضاء الفرنسى استقر عليه . ولم يعد لحرية المستفيد فى الاختيار محل اعتبار وان ظلت بعض محاكم الاستئناف الفرنسية تتخذها ركيزة لها لتبرير صحة شرط اعفاء شركة التأجير التمويلى من الضمان (٤) .

ويترتب على تقرير صحة شرط أعفاء شركة التأجير التمويلى من المسئولية انه لا يجوز للمستفيد طلب فسخ عقد التأجير التمويلى بسبب اخلال الشركة بتمكينه من الانتفاع بالأصل لعجزه عن استعماله على الوجه المقرر لما يعتريه من عيوب ، كذلك لا يجوز له طلب انقاص الاجرة فى حالة نقص الانتفاع بالأصل نقصا كبيرا (٥) .

---

(١) Cassation commerciale . 7 mai 1974, Bulletin civil .1974 . IV . no 147 et 25 janvier 1977 . B ulletin civil, IV, no 24 .

(٢) Cassation commerciale , 3Janvier 1982 , Dalloz , 1973 , Jurisprudence 649 , note TROCHU.

(٣) Cassation commerciale , 15 mars 1983 , JCP 1983 II 20115 note BEY; 27 mai 198 3 , Dalloz 1983 , IR79 et 15 Janvier 1985 . Dalloz 1986, Sommaires 323 .

(٤) Cour d' appel d' Amiens , 5novembre 1979 . JCP 1980 II 19406 , note BEY et Cour d' appel de Dijon, 1° chambre , 2 mars 1986 , JCP 1987 II 20865 nate BEY .

(٥) Cassation Commerciale , 4 février 1980 ,Bulletin civil, IV,no 52. Dalloz 1980 , IR565, Observations LARROUMET.

٣١٠ - نخلص اذن الى ان القضاء الفرنسى اشترط لصحة اعفاء شركة التأجير التمويلى من الضمان تمكين المستفيد من الرجوع على البائع . ويثور التساؤل عن مدى وجوب توافر هذا الشرط فى مجال التأجير التمويلى العقارى بالرغم من ان القضاء الفرنسى لم يتعرض الا لعقود التأجير التمويلى للمنقولات . ونرى وجوب الأخذ بذات الحكم لتوافر العلة ذاتها : اقرار عدم مسئولية الشركة الممولة عن المسائل الفنية الخاصة بالاصل المؤجر مع توفير حد ادنى من الحماية للمستفيد . ان جوهر التأجير التمويلى واحد فى كافة الفروض وبغض النظر عن طبيعة المال المؤجر بل انه فى حالة تمويل شراء العقار لا تختلف الآليات التى تتحقق بها التأجير التمويلى عن حالة تمويل المنقول : ففى الحالتين يتم إبرام عقد البيع بين شركة التأجير التمويلى والبائع لتمكين المستفيد من الانتفاع بموجب عقد التأجير التمويلى . اما فى حالة تمويل بناء العقار فإن ما يميزها فى شأن ضمان العيوب الخفية هو حلول مقاول انشاء المبانى محل البائع ، ويلتزم المقاول ايضا بضمان تلك العيوب طبقا لأحكام المواد ١٧٩٢ وما بعد ها من التقنين المدنى الفرنسى. ويجب بالتالى ان يتقرر للمستفيد حق الرجوع على المقاول بالضمان لكى يعتد بشرط اعفاء الشركة الممولة من التزامها بالضمان بوصفها مؤجرة .

اما عن التأجير التمويلى اللاحق فإن خصائصه المميزة ذاتها تستبعد كل امكانية لرجوع المستفيد على شركة التأجير التمويلى بالضمان . ذلك ان المستفيد يلتزم هو الآخر بضمان العيوب الخفية فى مواجهة الشركة بوصفه بائعاً للمال محل التأجير التمويلى ، فلا يستطيع اثارة مسئولية الشركة عن تلك العيوب [1] . ولقد سبقت لنا

---

(١) فى الواقع لا يشترط فقه القانون المدنى الا يكون الدائن بضمان العيوب الخفية ملتزما بهذا الضمان لكى يمكنه اثاره مسئولية المتعاقد معه ، خاصة وان السبب القانونى لكلا الالتزامين يكون بلا شك مختلفا . الا ان الفقه يشترط فى المشترى او المستأجر ان يكون حسن النية ، وذلك حتى يستطيع الرجوع على البائع او المؤجر بالضمان . ويقصد بحسن النية الجهل بوجود العيب او استحالة العلم به (MAZEAUD : Leçons de droit civil , op . cit , P . 303 No 983
وبناء على ذلك لا يستطيع المستفيد الاحتجاج بحسن نيته فى مواجهة شركة التأجير التمويلى .

الاشارة الى ما يثيره التأجير التمويلى اللاحق من اشكاليات خاصة بتمكين المستفيد من الرجوع على البائع الاصلى للمال الذى تلقى المستفيد ملكيته عنه قبل بيعه الى شركة التأجير التمويلى فى اطار عملية التأجير التمويلى اللاحق .

ثانيا : رجوع المستفيد على البائع او المقاول بالضمان .

٣١١ - بموجب شرط الاعفاء المدرج بعقد التأجير التمويلى لا يتمتع المستفيد بضمان المؤجر ، وانما يجوز له الرجوع بالضمان على البائع او المقاول بحسب الأحوال .

وعلى ضوء مدى ارتباط المستفيد بعلاقة شخصية ومباشرة مع اى من البائع او المقاول يتحدد لنا ما اذا كان يمكنه الرجوع عليه دون حاجة الى تدخل شركة التأجير التمويلى ام على العكس يتعين عليها تمكين المستفيد من الرجوع (١) .

ويجب فى هذا الصدد التمييز بين فرضين رئيسيين :

الاول : اذا كنا بصدد تمويل شراء منقول او عقار يكون المستفيد اجنبيا عن عقد البيع ، وبالتالى يتعين على شركة التأجير التمويلى ان تحيل الى المستفيد ما تتمتع به من حقوق تجاه البائع .

الثانى : اذا كنا بصدد تمويل بناء العقار فإن الامر يتوقف على كيفية تنظيم الاتفاق التمهيدى للإشراف الفنى على عمليات البناء :

(١) فإن كان المستفيد وكيلا عن شركة التأجير التمويلى فى التعاقد مع مقاول انشاء المبانى يكون اجنبيا عن عقد المقاولة المبرم بين الشركة والمقاول ، ويتعين فى هذه الحالة على الشركة الممولة ان تمكن المستفيد من الرجوع على المقاول .

---

(١) BEY : Du transfert de la garantie du vendeur au locataire dans la convention de crédit - bail ou réflexion sur l'arrêt de la cour d' Agen du 15 janvier 1969 , Revue de Jurisprudence Commerciale , 1973, P .64 .

(٢) اما اذا كان المستفيد فى مركز المقاول فى علاقته بشركة التأجير التمويلى فإنه يبرم عقد المقاولة مع مقاول انشاء المبانى باسمه الخاص ، فتربطه به بالتالى علاقة شخصية ومباشرة تجيز له الرجوع على المقاول بالضمان دون حاجة الى تدخل شركة التأجير التمويلى .

٣١٢ – اما من حيث نطاق الحقوق التى يتمتع بها المستفيد فإنها تتوقف فى المقام الاول على مركز الشخص المدين بالضمان ، فإن كان بائعا تمتع المستفيد بالحقوق الناشئة عن ضمان البائع بموجب المواد ١٦٤١ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى ، وان كان مقاولا فإن المستفيد يفيد من احكام ضمان المقاول المقررة بالمواد ١٧٩٢ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى .

ومع ذلك يجب اخذ فى الاعتبار ما اتت به المادة ١٧٩٢ – ١ بند ٢من التقنين المدنى الفرنسى [١] من حكم خاص باعتبار كل شخص يبيع منتج قام ببنائه او عهد ببنائه فور تمام البناء فى حكم المقاول ، وبالتالى يخضع لأحكام ضمان المقاول ولا يخضع لأحكام ضمان البائع . وجدير بالإشارة إلى أن هذا الحكم المستحدث يقتصر على الالتزام بضمان العيوب ولا يمتد إلى غيرها من الآثار الناشئة عن عقد البيع [٢] .

وعلى ذلك يخضع لأحكام ضمان البائع بائع المنقول وبائع العقار الذى لا يقوم ببيعه فور تمام البناء ، بينما يخضع لأحكام ضمان المقاول بائع العقار الذى يبيعه فور

---

(١) المضافة بموجب القانون رقم ٧٨ – ١٢ بتاريخ ٤ يناير ١٩٧٨ الخاص بالمسئولية والتأمين فى مجال البناء .

(٢) ويلاحظ أنه فضلاً عن صعوبة تحديد ما اذا كان البيع واقعاً فور بناء العقار أو بعد ذلك فإن التوفيق بين أحكام عقد البيع التقليدية والتزام البائع بالضمان طبقاً لأحكام ضمان المقاول ليس بالأمر اليسير. انظر فى ذلك :

COSTA: La responsabilité des constructeurs..., op. cit.

تمام البناء والمقاول الذى تعهد بالبناء . وتجدر الاشارة إلى ان فرض شراء شركة التأجير التمويلى لعقارفور تمام بنائه فرض ليس بالنادر إذا ما أخذنا فى الاعتبار ان المستفيد هو الذى يقوم باختيار العقار المراد تمويله وقد تملى عليه مصلحته اختيار عقار لم يمض على بنائه سواء وقت قليل ، بل انه قد يترقب تمام بناء العقار ويطالب الشركة الممولة بشرائه .

٣١٣ - ومن جانب آخر يلاحظ ان نطاق الحقوق التى يتمتع بها المستفيد يتأثر بالآلية التى يتحقق بموجبها الرجوع على البائع أو المقاول ، وذلك فى الفروض التى يجب فيها على شركة التأجير التمويلى التدخل لتمكين المستفيد من هذا الرجوع : فتوكيل المستفيد فى الرجوع أو تمكينه منه بموجب إنابة أو حلول أو حوالة حق أو اشتراط لمصلحة الغير لا يؤدى إلى تمتع المستفيد بذات الحقوق نظراً لإختلاف الآثار القانونية المترتبة على أى من هذه القوالب من نظم القانون الخاص .

ولكن يلاحظ أن عقود التأجير التمويلى لا تقرر حق رجوع المستفيد بالضمان بعبارات عامة الا قليلاً ، وانما تفرغ هذا الرجوع فى قوالب محددة اهمها الحلول والانابة والوكالة والاشتراط لمصلحة الغير [(١)] . ورغم ذلك تحدد العقود على نحو دقيق ما يخول للمستفيد من حقوق فى حالة رجوعه بالضمان على البائع أو المقاول بحسب الأحوال . وكثيراً مالا يوافق القالب المشار إليه نطاق الحقوق المقررة للمستفيد . واذ تكون العبرة بحقيقة الأشياء وليس بمسميات الأفراد فقد تدخل القضاء الفرنسى لمحاولة تكييف القالب الذى يتحقق بواسطته رجوع المستفيد على البائع أو المقاول . وهو منهج يحسن بنا اتباعه حتى يتسنى لنا الحكم على صحة ما اتجه إليه القضاء الفرنسى فى هذا الصدد .

وعلى ضوء ما تقدم نعرض أولاً للحقوق المقررة للمستفيد طبقاً لما تنص عليه عقود التأجير التمويلى فى حالة رجوعه على البائع أو المقاول ، ثم نعرض لآليات

---

(١) LELOUP: JCP 1969 II 15504, note précitée. RODIERE et RIVES-LANGE, op. cit., p. 415 No 333.

الرجوع فى اعقاب ذلك .

أ) الحقوق المقررة للمستفيد حال الرجوع بالضمان :

٣١٤ - على ضوء هذا التمهيد لرجوع المستفيد بالضمان لا يستقيم التمييز فى شأن تحديد الحقوق المقررة للمستفيد بين فرض رجوعه على البائع وفرض رجوعه على المقاول ، نظراً لخضوع بائع العقار فى بعض الأحوال لأحكام ضمان المقاول . لذلك نفرق بين حقوق المستفيد طبقاً لأحكام ضمان البائع وحقوقه طبقاً لأحكام ضمان المقاول .

١ - حقوق المستفيد طبقاً لأحكام ضمان البائع :

٣١٥ - إذا تقرر للمستفيد حق الرجوع على البائع بالضمان فإن الأمر لا يعنى بالضرورة أنه يتمتع بذات الحقوق التى كان ليتمتع بها بفرض ابرامه عقد البيع مباشرة ولحسابه الخاص . فالأمر يتوقف فى المقام الأول على ما يقضى به عقد التأجير التمويلى .

وحتى يتأتى لنا إدراك هذه الإمكانية نذكر بأن التأجير التمويلى عملية ذات طابع ثلاثى ينفصم عنها عقدان متميزان ومستقلان : عقد البيع وعقد التأجير التمويلى . وأهم ما يترتب على ذلك هو اعتبار المستفيد اجنبياً عن عقد البيع [١] ، وبالتالى إذا صار متمتعاً ببعض الحقوق تجاه البائع انما هو يتمتع بحقوق هى فى الأصل مقررة لشركة التأجير التمويلى بوصفها الطرف المشترى فى عقد البيع . فالشركة هى التى تسمح بتمتع المستفيد بتلك الحقوق وفى الحدود التى يتفق عليها فى عقد التأجير التمويلى .

وينتج عن ذلك ضرورة تفسير عبارة تمتع المستفيد بضمان البائع التى تتضمنها عقود التأجير التمويلى تفسيراً ضيقاً ، باعتبار أن رجوعه على البائع يمثل تجاوزاً لمبدأ نسبية آثار العقود . ويترتب على ذلك ان رجوع المستفيد يقتصر على إعمال أحكام

---

(١) HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 217 No 4.

الضمـان ولكنـه لا يستطيع طلب فسـخ عقد البيع بسبب إخلال البائع بتنفيذ التزاماتـه[1] .

٣١٦ – وقبل التعرض إلى نطاق الحقوق المقررة للمستفيد بموجب عقد التأجير التمويلى نشير إلى أن نطاق التزام البائع بالضمان يتحدد ابتداء فى عقد البيع . وإذا كان الالتزام المتقدم يخضع لأحكام المواد ١٦٤١ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى إلا أن هذه القواعد لا تتعلق بالنظام العام[2] ، وبالتالى يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها[3] ، مع وجوب الاشارة إلى أن القضاء الفرنسى لا يقر بشروط اعفاء البائعين المحترفين من الضمان[4] .

وفى هذا الصدد يجب التذكير بأن عقد البيع كان محلا للتفاوض بين البائع والمستفيد ، وبالتالى يعتبر هذا الاخير قد ارتضى نطاق التزام البائع بالضمان فى الحدود

---

(١) ومع ذلك ذهبت محكمة استئناف اكس – ان – بروفانس فى حكمها الصادر فى ١٨ يونيو ١٩٦٩ إلى اجابة طلب احد المستفيدين بفسخ عقد البيع استناداً إلى المادة ١١٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى وليس استناداً إلى المادة ١٦٤١ منه ، بل أن المستفيد لم يثر مطلقاً أمر العيوب الخفية ولم يستند فى دعواه إلى دعوى رد البيع . والغريب فى الأمر ان عقد التأجير التمويلى كان ينص على افادة المستفيد بضمان البائع ، وحتى يتحقق لهذا الضمان فعاليته يحل المستفيد محل الشركة فى حقوقها ويكون له رفع جميع الدعاوى على البائع ، فالأمر يتعلق اذن بالضمان . وفى العقد المتقدم تقررت للمستفيد جميع الدعاوى الناشئة عنه وتتمثل فى دعوى رد المبيع ودعوى انقاص الثمن ودعوى التعويض . وما يزيد من غرابة الوضع المتقدم ان شركة التأجير التمويلى (Locafrance) لم تعترض على الحكم بفسخ عقد البيع استناداً إلى المادة ١١٨٤ وانما جاء اعتراضها على ما ذهبت إليه المحكمة من أنه يترتب على فسخ عقد البيع فسخ عقد التأجير التمويلى والزام الشركة رد ما تكون قبضته من أقساط الأجرة إلى المستفيد . انظر فى تفاصيل هذه الوقائع حكم محكمة النقض الذى تصدى لحكم محكمة الاستئناف المشار إليه : Cassation commerciale, 3 janvier 1972, Dalloz 1973, juris prudence 649, note TROCHU.

(٢) JULLIOT DE LA MORANDIERE; Droit civil, d' aprés Colin et Capitant, Précis Dalloz, Paris, 3° édition 1967, p. 52 No 104.

(٣) HARICHAUX-RAMU, op. Cit., p. 259 No 33.

(٤) BRICKS: Les clauses abusives, LGDJ, Paris, 1982, p. 76.

التى يقضى بها عقد البيع [1] . خاصة وان شركة التأجير التمويلى لم تتدخل من اجل فرض نمط محدد لا لتزام البائع أو لتعديل ما تم التوصل إليه من أحكام اتفاقية فى هذا الشأن .

ويتضح من ذلك ان المستفيد لا يتمتع بالحقوق المقررة للمستأجر فى شأن ضمان المؤجر ، وانما يتمتع بالحقوق المقررة للمشترى بموجب ضمان البائع . وان كان القضاء الفرنسى بقيس أحكام ضمان المؤجر على أحكام ضمان البائع الا أن نطاق الحقوق الناشئة عنهما يختلف نظراً لاختلاف طبيعة كل من عقد البيع وعقد الايجار [2] . فعقد البيع عقد فورى وهو ما يحتم قصر ضمان البائع على العيوب الخفية التى كانت تعترى المبيع وقت التسليم من جانب [3] ، وعدم التزام البائع بالضمان مدة طويلة مما جعل المشرع يفرض الرجوع بالضمان في موعد وجيز Bref délai [4] ، وهو ما يعتبره الفقه الفرنسى من عوامل الجهالة فى أحكام ضمان العيوب الخفية [5] . أما عقد الايجار فهو من العقود المستمرة التى تعتبر المدة فيها ركناً اساسياً ، وبالتالى لا يشترط ان يكون العيب موجوداً وقت تسليم العين المؤجرة وانما يمكن الزام المؤجر بضمان العيب الذى ينشأ بعد ذلك كما أنه ليس هناك مجال لالزام المستأجر بالرجوع بالضمان فى موعد وجيز حيث يظل المؤجر ملزماً بالضمان طوال مدة الايجار [6] . ويتضح من ذلك ان نطاق الحماية المقررة بموجب أحكام ضمان المؤجر اوسع من نطاق الحماية المقررة بموجب أحكام ضمان البائع .

---

(١) HARICHAUX-RAMU, op. cit, p. 223 No 8.

(٢) MAZEAUD: Leçons de droit civil, Tome 3, op. cit., p. 344 N0 1117.

(٣) PLANIOL, op. cit., p. 467 No 1463. JULLIOT DE MORANDIERE, op. cit.,p. 52. N0 104.

(٤) المادة ١٦٤٨ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٥) NANA : La réparation des dommages causés par les vices d' une chose, LGDJ, Paris, 1982, p. 295 No 507. BRICKS, op. cit., p.75.

(٦) PLANIOL, op. cit., p. 527 No 1687.

وتطبيقاً لذلك على التأجير التمويلى لا يكون للمستفيد سوى إثارة التزام البائع بضمان العيوب التى كانت تعترى المبيع وقت تسليمه على أن يتم ذلك فى موعد وجيز من وقت اكتشاف العيب [١] . ففى كل الأحوال لا يلتزم البائع بما يجاوز نطاق التزامه كما تحدد فى عقد البيع ، ولا يمثل التأجير التمويلى بالنسبة إليه من خصوصية سوى التزامه بالضمان فى مواجهة المستفيد وهو اجنبى عن عقد البيع بدلا من شركة التأجير التمويلى وهى من تعاقد معها البائع .

٣١٧ - وطبقاً لعقد التأجير التمويلى يجب على المستفيد اخطار الشركة الممولة بعزمه على الرجوع على البائع بالضمان . ويتعهد المستفيد بالنزول عن دعواه إلى الشركة إذا ما طالبته بذلك دون تحفظ أو جدال [٢] . وتنص بعض عقود التأجير التمويلى على أنه لا يجوز للمستفيد طلب فسخ عقد البيع [٣] ، وهو بالتالى حق تحتفظ به شركة التأجير التمويلى لنفسها وهى وحدها التى تستطيع مواجهة البائع بطلب فسخ العقد .

ويتحدد بذلك نطاق الحقوق المقررة للمستفيد حال رجوعه على البائع بالضمان . فطبقاً للقواعد العامة يتمتع المشترى بدعاوى الضمان Actions édili-ciemmes [٤] ، وهى تشمل دعويين : دعوى رد المبيع Action rédhibitoire ودعوى انقاص الثمن Action estimatoire [٥] . وبالاضافة إلى ذلك يستطيع المشترى

---

(١) وتجدر الاشارة إلى أن الموعد الذى يتعين على المشترى الرجوع بالضمان فيه يختلف عن مدة الضمان ذاتها أى تلك المدة التى يظل البائع خلالها ملتزما بالضمان ، وتسرى من تاريخ ابرام عقد البيع .
حول هذه التفرقة وآثارها انظر : HANA, op. cit., p. 145. No 300.

(٢) CAPORALE, op. cit., p. 185. BEY: Du transfert..., op. cit., p. 69. LELOUP: JCP 1967 II 15291, note précitée. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 68.

(٣) CABRILLAC, op. cit. No. 41. HARICHAUX-RAMU, op. csit., p. 223 N0 8.

(٤) المادة ١٦٤٤ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٥) حول مفهوم هاتين الدعويين فى القانون الفرنسى: PLANIOL, op. cit., p. 455 No 465:
=

مطالبة البائع بتعويض ما لحقه من ضرر إن كان له مقتض [١] .

وطبقاً للمادة ١٦٤٥ من التقنين المدنى الفرنسى يمكن للمشترى اثناء إعماله دعوى رد البيع مطالبة البائع بالتعويض شريطة ان يكون سىء النية [٢] . ويمد الفقه الحكم المتقدم إلى حالة إعمال دعوى انقاص الثمن [٣] . ويقصد بسوء النيةعلم البائع بوجود العيب وهو ما يعد مفترضاً فى حق البائع المحترف اذ لا يقبل ادعاؤه بالجهل بالعيب وحال خبراته الفنية تشير الى وجوب أن يكون عالما به [٤] .

وإذا كانت حقوق المشترى ازاء البائع تتحدد قانوناً على هذا النحو إلا أنه ليس هناك ثمة ما يمنع من مطالبة البائع بإصلاح المبيع على نفقته . وكثيراً ما يتم الاتفاق على إعمال الضمان بهذه الكيفية وهو ما يعد بديلاً لمطالبة البائع بالتعويض [٥] . فاذا امتنع البائع عن اجراء الاصلاحات اللازمة جاز للمشترى طلب فسخ عقد البيع ، ويمكن التحول من طلب اجراء الاصلاحات إلى طلب الفسخ فى ذات الدعوى إذا ما تبين للمشترى امتناع البائع عن الاصلاح [٦] .

٣١٨ - ومن بين المكنات المقررة للمشترى : التنفيذ العينى ، دعوى رد البيع، دعوى انقاض الثمن ودعوى التعويض لا يضر شركة التأجير التمويلى إعمال حق

RIPERT et BOULANGER, op. cit., p. 509 No 1525. JULLIOT DE LA MORANDIERE, op. cit., p. 53 No 106. NANA, op. cit., p. 30 N0 114.

(١) المادة ١٦٤٥ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) PLANIOL, op. cit., p. 465 no 1465. JULLIOT DE LA MORANDIERE, op. cit., p. 59 No 108.

(٣) MAZEAUD: Leçons de Droit civil, Tome 3, op. cit., p. 839 No 988.

(٤) THIEFFRY et GRANIER: La vente internationale, Paris, 1965, p. 112. NANA, op. cit., p. 297 No 511.

(٥) NANA, op. cit., p. 101 No 137.

(٦) Cassation Commerciale, 27 octobre 1959, Dalloz 1959, jurisprudence 201 note H. L.

المطالبة بالتنفيذ العينى أو رفع دعوى انقاص الثمن أو دعوى التعويض ، لأن مثل هذا الرجوع لا يمس استمرار عقد التأجير التمويلى فى ترتيب آثاره . اما دعوى رد المبيع التى يعتبرها الفقه الفرنسى من قبيل دعاوى فسخ عقد البيع (١) فإن إعمالها قد يحول دون استمرار عقد التأجير التمويلى فى ترتيب آثارة .

ذلك أنه طبقاً لهذه الدعوى يرد المبيع إلى البائع وبالتالى يستحيل على شركة التأجير التمويلى الوفاء بالتزامها بتمكين المستفيد من الانتفاع بالأصل . وإن كان الأمر لا يرجع إلى خطأ اقترفته الشركة الممولة فإن إعمال نظرية مخاطر العقد يقضى إلى انقضاء التزام المستفيد الرئيسى المقابل لإلتزام الشركة وينفسخ عقد التأجير التمويلى من تلقاء نفسه (٢) . ذلك أن استحالة التنفيذ لا يمكن أن تؤدى إلى اعفاء المدين من الالتزام مع بقائه دائناً بالتزام المتعاقد معه ، ويجب فى حالة استحالة التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين تقرير انفساخ العقد بقوة القانون (٣) . ويعنى ذلك ان مخاطر استحالة التنفيذ يتحملها الدائن بالالتزام المقابل للالتزام الذى استحال تنفيذه ، او بعبارة اخرى المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه (٤) .

ويلاحظ ان القواعد العامة فى القانون الفرنسى لا تأخذ بنظرية مخاطر العقد كمبدأ عام (٥)، وانما تتناثر بعض تطبيقاتها بين عدة عقود مسماة (٦) . ولذلك يتجه

---

(١) PLANIOL. op. cit., p. 455 No 1405. RIPERT et BOULANGER, op. cit., Tome 3, p. 509 No 1525. MAZEAUD: Leçons de Droit civil, Tome 3, op. cit., p. 837 No 987.

(٢) انظر فى عرض مفهوم هذه النظرية فى الفقه الفرنسى :
RIPERT et BOULANGER, op. cit., Tome 2, p. 191 No 492 et s. MARTY et RAYNAUD: Droit civil, Tome 2, 1° volume: les obligatians, Traités Sirey, Paris, 1962, p. 253 No 285 et s.

(٣) RIPERT et BOULANGER, op. cit., p. 194 No 503.

(٤) MARTY et RAYNAUD, op. cit., p. 254 No 286.

(٥) قارن المادة ١٥٩ من القانون المدنى المصرى .

(٦) المادة ١٧٢٢ من التقنين المدنى الخاصة بهلاك العين المؤجرة لسبب أجنبى ، المادة ١٧٩٠ التى تقضى بعدم استحقاق العامل للأجرة إذا تسلم المادة فهلكت قبل تسليمها إلى رب العمل ، والمادة =

القضاء الفرنسى فى عمومه إلى عدم تطبيق النظرية فى غير ما نص عليه المشرع صراحة ، وتلزم الدائن بطلب فسخ العقد استناداً إلى المادة ١١٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى وهى تنظم فسخ العقد بسبب إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته ، فى حين ان نظرية مخاطر العقد تفترض استحاله تنفيذ الالتزام لسبب لا يد للمدين فيه [١] .

٣١٩ - ولقد تباين موقف المحاكم الفرنسية من أثر إعمال دعوى رد المبيع على استمرار عقد التأجير التمويلى فى ترتيب آثاره . فلقد اتجهت بعض المحاكم إلى تقرير انفساخ عقد التأجير التمويلى بسبب فسخ عقد البيع لما بين العقدين من تفاعل ينتج عن كونهما عنصرين من عناصر البنيان المركب للتأجير التمويلى ، وهو ما يفضى إلى اعتبار احدهما تابعاً للآخر فمتى تم فسخ عقد البيع واسترد البائع المبيع انفسخ عقد التأجير التمويلى [٢] . ويلاحظ فى هذا الصدد أن عقد التأجير التمويلى بوصفه عقد ايجار هو من العقود المستمرة ، وبالتالى لا ينتج الفسخ آثاره الا بالنسبة إلى المستقبل مما يترتب عليه عدم الزام شركة التأجير التمويلى برد ما قبضته من اقساط الاجرة المستحقة قبل انفساخ عقد التأجير التمويلى .

بينما اتجه جانب آخر من المحاكم الفرنسية إلى رفض فكرة التفاعل بين عناصر البنيان المركب للتأجير التمويلى ، بل اعتدت بالطابع المستقل لكل من عقد البيع وعقد التأجير التمويلى [٣] . ويكفى بعد ذلك إعمال شرط الاعفاء الذى يتضمنه

= ١٨٦٧ التى تقضى بانقضاء الشركة فى حالة هلاك الشىء الموعود بتقديمه كحصة فى رأسمال الشركة .

(١) RIPERT et BOULANGER, op. cit., p. 195 No 506. MARTY et RAYNAUD, op. cit., p. 256 No 287.

(٢) Cour d' appel d' Amiens, 2° chambre, 20 décembre 1967, JCP 1968 II 15504, note LELOUP. Cour d' appel d' Aix-En-Provence, 18 juin 1969, exposé dans la note de LELOUP, sous cassation commerciale, 3 janvier 1972, JCP 1973 II 17300.

(٣) Tribunal de commerce de Paris, 4° chambre, 19 mai 1970, JCP 1971 II 16766, note LELOUP.

عقد التأجير التمويلى لسلب المستفيد حق طلب فسخ عقد التأجير التمويلى (١) .
ويعنى ذلك أن هذا الجانب الغالب من القضاء الفرنسى رفض من جانب تطبيق نظرية مخاطر العقد كما حرم المستفيد من طلب فسخ عقد التأجير التمويلى استناداً إلى المادة ١١٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى .

وعندما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية اختلف موقف غرفتها المدنية عن موقف غرفتها التجارية : فبينما ذهبت الغرفة المدنية إلى أنه يترتب على فسخ عقد البيع انفساخ عقد التأجير التمويلى لزوال سبب هذا العقد الاخير (٢) ، استقرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية على تقرير استقلال العقدين المشار إليهما وعدم تطبيق نظرية مخاطر العقد فضلاً عن إعمال شرط اعفاء الشركة المؤجرة من الالتزام بالضمان، مما لا يسمح للمستفيد بطلب فسخ عقد التأجير التمويلى (٣) .

وازاء الموقف المتقدم اتجهت بعض المحاكم الفرنسية إلى الحكم ببطلان عقد التأجير التمويلى بسبب فسخ عقد البيع . واستند بعضها إلى تخلف ركن السبب فى

---

(١) Cour d' appel d' Amiens, 6 mai 1979, JCP 1980 II 1940 6, note BEY.

(٢) Cassation civile, 1° chambre, 3 mars 1982, JCP 1983 II 20 115, note BEY.

(٣) Cassation commerciale, 15 mars 1983, JCP 1983 II 20 115, note BEY, et 15 Janvier 1985, Dalloz 1986, sommaires 323.

وننوه فى هذا الصدد بأن المحكمة العليا هى التى رسمت لشركات التأجير التمويلى الطريق الواجب عليها سلكه لتفادى الآثار المترتبة على فسخ عقد البيع . ففى حكمها الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٢ قضت برفض طعن شركة التأجير التمويلى على انفساخ عقد التأجير التمويلى من حيث المبدأ :
Dalloz 1973, Jurisprudence 649, note TROCHU.

وفى حكمها الصادر فى ٤ فبراير ١٩٨٠ رفضت المحكمة العليا الطعن الذى قدمته شركة التأجير التمويلى فى الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف استناداً إلى أنه على ضوء صحيفة الطعن نعت الشركة على محكمة الاستئناف ترتيب انفساخ عقد التأجير التمويلى على فسخ عقد البيع فى حين ان المحكمة رتبت على فسخ عقد البيع بطلان عقد التأجير التمويلى مما يحيط صحيفة الطعن بفساد فى الاستدلال . Bulletin civil, 1980, IV, No 52.

العقد حيث لم يعد المستفيد ينتفع بالأصل الذى من أجله يدفع الأجرة [١] . ويترتب على القول ببطلان عقد التأجير التمويلى التزام الشركة الممولة برد جميع اقساط الأجرة التى تكون قبضتها إلى المستفيد . وعادت الغرفة التجارية لمحكمة النقض إلى موقفها المتشدد ورفضت ترتيب البطلان على إثر فسخ عقد البيـع ، وذلك استناداً إلى أن الفسـخ لا يرجع إلى خطـأ اقترفته شركة التأجير التمويلى واذ هى قد اعفت نفسـها من الالتزام بالضمـان وسمحت للمسـتفيد بالرجـوع مباشرة على البـائع فلا يمكن القول بزوال سبب التزام المستفيد وقد اوفت الشركة بالإلتزامات المقررة اتفاقاً على عاتقهـا [٢] .

ولم تيأس محاكم الاستئناف الفرنسية مع ذلك وقضت احدى المحاكم ببطلان عقد التأجير التمويلى على اثر فسخ عقد البيع لزوال السبب ، وذلك بعد أن اصدرت محكمة النقض حكمها السالف الاشارة إليها [٣] . وقد حاولت بعضها الآخر التبديل من اساس البطلان الذى تستند إليه فقضت ببطلان عقد التأجير التمويلى لزوال محل العقد وليس لزوال السبب [٤] . بينمـا سايرت أحكام اخرى مـا ذهبت إليه المحكمة العليا من أنه لا يترتب على فسخ عقد البيع بطلان أو فسخ عقد التأجير التمويلى [٥] . ولا يزال الصراع بين جانب من محاكم الاستئناف وبين الغرفة التجارية لمحكمة النقض

---

(١) Cour d' appel de Reims, 9 juin 1981, Jurisclasseur Commercial Annexes, Ventes commerciales, Fasc. 32 bis, No 42 bis.

(٢) Cassation commerciale, 1° mai 1982, Gazette du Palais, 1982, 2, P. 370, note PIEDELIEVRE.

(٣) Cour d' appel de Toulouse, 2° chambre, 12 décembre 1984, Gazette du Palais, 1985, 25-29 mars.

(٤) Cour d' appel de Dijon, 1° chambre, 1° section, 2 septembre 1986, JCP 1987 II 20865, note BEY.

(٥) Cour d' appel de Paris, 5° chambre A, 14 Février 1983, Gazette du Palais, 1983, 1, p. 281, note BEY et 5° chambre B, 25 janvier 1989, Gazette du Palais, 1989, 1, . 17,

الفرنسية مستمراً ، وهو صراع يدور فى تقديرنا بين حس العدالة المرهف لدى قضاة الموضوع والذى يأبى الزام المستفيد بالاستمرار فى دفع اقساط الاجرة بالرغم من انقطاع استعماله للأصل وبين وجوب « الاستقامة القانونية » الذى تعبر عنه المحكمة العليا والذى يصادف حماية فعالة لمصالح شركة التأجير التمويلى [1] .

٣٢٠ - وللأسباب التى تقدم ذكرها تعمد بعض عقود التأجير التمويلى إلى استبعاد دعوى رد المبيع من بين المكنات المقررة للمستفيد فى رجوعه على البائع . وفى الفروض التى يجيز فيها العقد للمستفيد إعمال دعوى رد المبيع تحكم شركة التأجير التمويلى قبضتها على رجوع المستفيد ، بأن تلزمه بضرورة اخطارها بالرجوع وبالتزامه بالنزول عن الدعوى إليها بمجرد ان تطالبه بذلك . أما دعوى اجراء الاصلاحات اللازمة أو دعوى انقاص الثمن أو دعوى التعويض فلا حرج على المستفيد من إعمالها إذ لا خطورة منها على استمرار عقد التأجير التمويلى فى ترتيب آثاره .

٢ - حقوق المستفيد طبقاً لأحكام ضمان المقاول :

٣٢١ - لا تختلف عقود التأجير التمويلى العقارى فى جوهرها عن عقود التأجير التمويلى للمنقولات ، ففيما يتعلق بالمسائل الفنية الخاصة بالأصل المؤجر يكون شراء العقار أو بنائه على مسئولية المستفيد وتكون شركة التأجير التمويلى معفاة من كل التزام بالصيانة والضمان وتحول دون رجوع المستفيد عليها فى هذا الصدد .

ويكون للمستفيد حق الرجوع على بائع العقار أو المقاول الذى قام بتنفيذ

---

(١) لاشك أنه بالرغم من محاولة اضفاء الحماية على المستفيد يفتقد ما يتجه إليه محاكم الموضوع فى فرنسا من أساس قانونى سليم : فالسبب ركن من أركان العقد الموضوعية التى يجب تقدير وجودها ومدى مشروعيتها وقت ابرام العقد وليس فى وقت لاحق . انظر فى ذلك :

MAURY: Cause, Encyclopéclie Dalloz Civil, III, No 38.

ومن جانب آخر القول بالزام شركة التأجير التمويلى برد جميع اقساط الأجرة رلى المستفيد يتوقف على ما يكون لفسخ عقد البيع من اثر رجعى يفضى إلى اعتبار التأجير التمويلى وقد افتقد لسببه منذ لحظة ابرامه . وهذا ما يتفق واتجاه الفقه الفرنسى إلى اعتبار دعوى رد المبيع من قبيل دعوى فسخ البيع ، الا أن الدعويين تختلفان . وأهم ما تختلفان فيه هو انعدام الأثر الرجعى لرد المبيـــع .

عمليات البناء . ويستند هذا الرجوع إلى المواد ١٧٩٢ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى المضافة بموجب القانون رقم ٧٨ - ١٢ بتاريخ ٤ يناير ١٩٧٨ [١] . ونذكر بأن ضمان بائع العقار لا يخضع لهذه الأحكام الا فى حالة قيامه ببيع العقار فور تمام بنائه بعدما اشرف عليه أو عهد به إلى شخص آخر .

٣٢٢ - وطبقاً للأحكام المشار اليها يمكن للمستفيد الرجوع على المقاول استناداً إلى احدى الدعاوى الثلاثة التى تقررها لرب العمل . وتستند كل دعوى منها إلى نوع محدد من الضمان يلتزم به المقاول وتشمل : ضمان تمام البناء garantie de parfait achèvement ، وضمان جودة التشغيل garantie de bon fonctionne-ment ، والمسئولية العشرية Responsabilité décennale .

٣٢٣ - (أ) **ضمان تمام البناء** : تتضمن الفقرات من ٢ إلى ٦ من المادة ١٧٩٢ - ٦ من التقنين المدنى الفرنسى أحكام ضمان تمام البناء [٢] . وبمقتضها يستطيع المستفيد أن يطالب المقاول باصلاح جميع الاعطاب الناشئة عن البناء . وتكون مدة الضمان سنة تسرى من تاريخ استلام البناء . ويلاحظ أنه طبقاً للمادة ٢٢٧٠ من التقنين المدنى الفرنسى المعدلة بالقانون رقم ٧٨ - ١٢ بتاريخ ٤ يناير ١٩٧٨ يبدأ سريان مدد جميع الضمانات والمسئوليات التى يلزم بها المقاول من تاريخ استلام البناء . وهذا ما يفسر اهتمام المشرع الفرنسى البالغ بواقعة الاستلام اذ احاطها باجراءات محددة يجب اتباعها [٣] ، مما أثار الجدل حول

---

(١) وقد عدل القانون المذكور المادة ١٧٩٢ من التقنين المدنى الفرنسى التى كانت تتضمن أحكام الضمان العشرى ، واضاف ست مواد جديدة للتقنين هى المواد من ١٧٩٢ - ١ إلى ١٧٩٢ - ٦ التى تتضمن أحكاماً جديدة بضمانات يلتزم بها المقاول .

(٢) ويلاحظ أن هذه الأحكام محض تقنين لضمان اتفاقى تضمنتها عقود المقاولة بصفة نمطية فى حالة ورودها على أعمال بناء العقارات ، وقد تضمنتها نشرة AFNOR P. O. 3001 الصادرة عن نقابة المهن العقارية .

(٣) الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٦ من التقنين المدنى الفرنسى التى تعرف واقعة الإستلام بأنها عمل Acte يتم بصورة ودية أو من خلال القضاء وبناء على طلب أحد طرفى عقد المقاولة ، وبمقتضاه يقر رب العمل قبوله البناء مع ابداء التحفظات أو دون ابداء اية تحفظات .

تحديد طبيعتها وما إذا صار في الإمكان الاعتداد بالاستلام الضمني أى دون اتباع الاجراءات المقررة قانوناً[1] .

ويسرى الحكم المتقدم على بائع العقار الخاضع لأحكام ضمان المقاول . ومع ذلك نرى عدم خضوع واقعة الاستلام للإجراءات المقررة قانوناً ، لأن تجاوز أحكام عقد البيع إلى أحكام المقاولة لا يكون الا في حدود التزام البائع بالضمان من الوجهة الموضوعية كما يلتزم المقاول به . وإذ يلتزم البائع بتسليم المبيع فإن مدد الضمان تسرى من تاريخ استلام المشترى فعلاً أو حكماً للعقار المبيع . ونذكر بأن المستفيد يكون ملزماً بتحرير محضر باستلام العقار وذلك بوصفه وكيلاً عن شركة التأجير التمويلى .

---

(١) فقد ذهب البعض الى أن تعريف المشرع للإستلام بأنه عمل ACTE يضفى عليه طابع التصرف القانونى:
COSTA, op. cit, p. 41.

ويترتب على ذلك وجوب استبعاد أى اثر لثمة استلام ضمنى لا تتخذ فى شأنه الإجراءات المقررة قانونـــــــا :

Tribunal De Gramnde Instance D'Aix - En-Provence, 3° Chambre, 8 Janvier 1985, Dalloz 1986, Jurisprudece 289, Note BERGEL. Cour D'appel D'Agen, 28 Janvier, 9 Novembre 1983, Dalloz 1985, Jurisprudence 191, Note KARILA.

وقد اتجهت أحكام اخرى إلى اعتبار الإستلام واقعة لا يلزم بالضرورة مراعاة الإجراءات المقررة قانونا فى شأنها مما يترتب عليه جواز الاعتداد بالإستلام الفعلى :

Tribunal De Grande Instance De Rennes, 28 Janvier 1985, Dalloz 1986, Jurisprudence 15, Note GROSLIERE. Cour D'appel D'Agen, 1° chambre, 26 Février 1985, Dalloz 1986, Jurisprudence 24, Note KARILA. Cour D'appel De Paris. 19° chambre B, 20 novembre 1985, Dalloz 1986, Jurisprudence 565, note KARILA; et 19° chambre A, 8 Avril 1986, Dalloz 1986, Informations Rapides 205.

وعندما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية ايدت ما ذهب إليه الفريق الثانى من القضاء واجازت الإعتداد بالإستلام الضمنى :

Cassation Civile, 3° Chambre , 12 octobre 1988, Dalloz 1988, Informations Rapides 246.

ويجب الاتفاق على المدة التى يلزم فيها المقاول باجراء الاصلاحات . وفى حالة تخلف هذا الاتفاق أو إذا لم يقم المقاول بالاصلاح خلال المدة المتفق عليها يتعين على المستفيد اعذار المقاول بضرورة اجراء الاصلاح ، فإن تخلف المقاول عن تلبية الاعذار صار فى مقدور المستفيد اجراء الاصلاحات على نفقة المقاول وتحت مسئوليته [١] .

اما إذا اتم المقاول الاصلاحات اللازمة يتم اثبات ذلك بتحرير محضر بواسطة الطرفين أو من خلال القضاء . ولا يشير القانون إلى حقوق المستفيد فى حالة المنازعة حول حسن تنفيذ المقاول لالتزامه بالاصلاح . ويمكن قياس هذه الحالة على حالة عدم قيام المقاول بالاصلاحات وتمكين المستفيد من اجرائها على نفقة المقاول وتحت مسئوليته ، كما يمكن للقضاء تحديد مدة جديدة للمقاول لكى يقوم بتنفيذ التزامه [٢] . ولا يحول ذلك دون حق المستفيد فى مطالبة المقاول بالتعويض إن كان له مقتض تطبيقاً للقواعد العامة .

٣٢٤ - (ب) **ضمان جودة التشغيل** : استحدثت المادة ١٧٩٢ - ٣ من التقنين المدنى الفرنسى صورة جديدة من صور الضمان التى يلتزم بها المقاول وذلك بنصها على أن المقاول يضمن عناصر تجهيز البناء الأخرى ، ويكون الحد الأدنى لمدة الضمان سنتين تسرى من تاريخ استلام العقار .

وحتى يمكننا تحديد نطاق هذا الضمان نشير إلى أن المادة المذكورة تلى المادة ١٧٩٢ - ٢ التى تمد نطاق المسئولية العشرية المقررة بموجب المادة ١٧٩٢ إلى الأضرار التى تلحق بعناصر تجهيز البناء شريطة أن تكون هذه العناصر لصيقة بالاساسات

---

(١) وجدير بالاشارة إلى أن الحكم المتقدم يأتى بالمخالفة للمادة ١١٤٤ من التقنين المدنى الفرنسى التى تفرض على الدائن الحصول على اذن من القضاء من اجل تنفيذ التزام المدين على نفقة هذا الاخير وتحت مسئوليته .

(٢) COSTA, op. cit., p. 44.

أو العمدان أو الحوائط أو الاسقف . وبمفهوم مخالفة هذا النص يتضح لنا أن المادة ١٧٩٢ - ٣ تواجه ضمان الاضرار التى تلحق بعناصر تجهيز البناء التى لا تكون لصيقة بالاساسات أو العمدان أو الحوائط أو الاسقف .

ولقد تولت الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٢ تحديد متى تكون عناصر تجهيز البناء لصيقة بالاساسات أو العمدان أو الحوائط أو الاسقف وذلك بنصها على أن عناصر تجهيز البناء تعد لصيقة اذا تعذر تثبيتها أو فكها أو تبديلها دون اتلاف أو نزاع بعض مواد البناء . ويتحدد لنا بمفهوم المخالفة ايضاً المقصود بعناصر التجهيز التى لا تكون لصيقة بهيكل البناء الأساسى بأنها تلك التى يمكن تثبيتها أو فكها أو تبديلها دون اتلاف أو نزع بعض مواد البناء .

وينص القانون على أن الحد الأدنى لمدة ضمان جودة التشغيل تكون سنتين . وبالتالى يجوز مد مدة الضمان بالاتفاق [١] ، وان كان يصعب تصور قبول المقاول ذلك نظراً لوطأة أحكام الضمان ذاتها وبصفة خاصة بالنظر إلى الطبيعة الآمرة لقواعد هذا الضمان كما يتضح من نص المادة ١٧٩٢ - ٥ من التقنين المدنى الفرنسى [٢].

٣٢٥ - **(جـ) المسئولية العشرية** : طبقاً للمادة ١٧٩٢ من التقنين المدنى الفرنسى يكون مقاول انشاء المبانى مسئولاً بقوة القانون تجاه رب العمل أو مشترى العقار عن الاضرار ، وان كانت ناشئة عن عيب فى الأرض ذاتها ، التى تهدد متانة البناء وسلامته أو تلك التى تهدد أحد عناصر هيكل البناء أو احد عناصر تجهيزه فتجعله غير صالح للاستعمال فى الغرض المخصص له .

ولقد اشارنا إلى أن المادة ١٧٩٢ - ٢ قد مدت حكم هذه المسئولية إلى الأضرار التى تلحق عناصر تجهيز البناء متى كانت لصيقة بالاساسات أو العمدان أو

---

(١) COSTA,op. cit., p. 45.

(٢) NANA, op. Cit., p. 286 No 495.

الحوائط أو الاسقف ، أى أحد عناصر هيكل البناء الاساسى .

وتقضى الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ بعدم مسئولية المقاول إذا أقام الدليل على أن الأضرار المشار إليها قد نشأت عن سبب أجنبى . وهذا ما يفسر أن المشرع الفرنسى يجعل المقاول مسئولاً عن هذه الأضرار ولا يجعله ضامناً لها حيث يمكن فى نظام المسئولية تصور اسباب لاعفاء المدين بها فى حين أن نظام الضمان يرتب التزاماً على عاتق المدين يتعين عليه الوفاء به بعض النظر عن سبب الواقعة الموجبة للضمان [١] .

ومدة المسئولية عشر سنوات تسرى من تاريخ استلام العقار . وهذا ما تقضى به المادة ٢٢٧٠ من التقنين المدنى الفرنسى بنصها على زوال المسئولية الواقعة على عاتق المقاول بمقتضى المادة ١٧٩٢ بعد مرور عشر سنوات من تاريخ استلام العقار [٢] .

ويتضح من نص المادة ١٧٩٢ ان المقاول يكون مسئولاً فى حالتين :

الأولى : هى حالة الأضرار التى تهدد متانة البناء وسلامته وان كانت ناشئة عن عيب فى الارض ذاتها .

الثانية : هى حالة الأضرار التى تهدد احد عناصر هيكل البناء أو احد عناصر تجهيزه . ويلاحظ فى هذا الصدد ان المشرع لا يميز بين العناصر اللصيقة بأحد عناصر هيكل البناء وتلك التى لا تكون لصيقة بأحد هذه العناصر . وانما يشترط المشرع ان

---

(١) NANA, op. Cit., 285 No 494 .

(٢) ولقد ثار التساؤل حول طبيعة مدة المسئولية العشرية ، هل هى مدة تقادم لدعوى المسئولية يرد عليها بالتالى الوقف والانقطاع ام هى مدة سقوط لحق الرجوع على المقاول . انظر :

COSTA, op.cit, p. 46.

ونرى ان المدة مدة سقوط لأن المشرع الفرنسى لم يحد عن نظام الضمان إلى نظام المسئولية الا لكى يسمح بتفادى الضمان بإثبات السبب الأجنبى . وقرينة المسئولية التى أقامها المشرع هى توفيق بين اعفاء رب العمل من اثبات ارتباط الضرر بأعمال البناء وتفادى المقاول للرجوع إذا كان الضرر يرجع لسبب لايد له فيه .

يكون من شأن الأضرار جعل البناء غير صالح للاستعمال فى الوجه المخصص له . فإن لم تبلغ الاضرار من الجسامة ما يجعل البناء غير صالح للاستعمال لا يكون المقاول مسئولاً عنها [١] .

ومن جانب آخر يواجه نص المادة ١٧٩٢ الأضرار التى تلحق بالبناء ، فلم يعد الأمر يتعلق بعيوب خفية أو باضرار كامنة كما فى ظل القواعد السابقة على صدور قانون ٤ يناير ١٩٧٨ . لذلك قيل بمسئولية المقاول عن الأضرار التى كانت ظاهرة وقت استلام العقار وبالرغم من تحرير محضر الاستلام دون ابداء تحفظات [٢] . الا أن القضاء الفرنسى لم يتجه إلى تفسير أحكام قانون ١٩٧٨ على هذا النحو وذهب إلى ان غياب التحفظات فى محضر استلام العقار يعفى المقاول من كل مسئولية عن العيوب الظاهرة أو عن عدم مطابقة العقار للرسوم الهندسية التى تم البناء على

---

(١) وتفريعاً على ذلك يمكن تحديد نطاق تطبيق المواد ١٧٩٢ و١٧٩٢ - ٢ و١٧٩٢ - ٣ فى شأن الاضرار التى تهدد احد عناصر تجهيز البناء : فإن كان الضرر يهدد أحد عناصر تجهيز البناء مما يجعل العقار غير صالح للاستعمال كان المقاول مسئولاً عنه طبقاً لحكم المادة ١٧٩٢ بغض النظر عما إذا كان العنصر لصيقا بأحد عناصر هيكل البناء . ويتحدد بالتالى نطاق تطبيق المادتين ١٧٩٢ - ٢ و١٧٩٢-٣ بالاضرار التى تهدد عناصر تجهيز البناء دون أن يؤدى ذلك إلى المساس بصلاحية العقار للاستعمال . فإن كان العنصر لصيقاً بأحد عناصر هيكل البناء يكون المقاول مسئولاً عن الضرر طبقاً للمادة ١٧٩٢ وذلك تطبيقاً للمادة ١٧٩٢ - ٢ . أما إذا لم يكن العنصر لصيقاً بأحد عناصر هيكل البناء فإن المقاول يضمنه تطبيقاً للمادة ١٧٩٢ - ٣ .

وبناء على ذلك يكون لكل من هذه المواد الثلاثة نطاق تطبيقها المحدد بحيث لا تختلط أحكامها فى التطبيق . وأهم ما يترتب على ذلك هو عدم تداخل مدد المسئولية العشرية وضمان جودة التشغيل . قارن : KARILA: note sous Cour d' appel d' Agen, 1° chambre, 26 février 1985, Dalloz 1986, jurisprudence 24.

وكذلك لا يكون لرب العمل الخيار بين إعمال ضمان جودة التشغيل وإثارة المسئولية العشرية اذ لكل منهما حالاته التى ينطبقان عليها . قارن :

COSTA, op. cit., p. 44.

(٢) Cour d' appel de Paris, 19° chambre B, 18 mars 1988, Dalloz 1988, Informations Rapides 197.

اساسها [1] .

كذلك يكفى ان تهدد الاضرار متانة البناء وسلامته ، وبالتالى لا يشترط المشرع الفرنسى حدوث تهدم للبناء سواء كان التهدم كلياً أو جزئياً . وإذا كانت الأضرار تهدد أحد عناصر الهيكل الأساسى للبناء أو احد عناصر تجهيزه فيكفى أن ينتج عن ذلك عدم صلاحية العقار للاستعمال فى الوجه المخصص له ولا يشترط تهديد متانته وسلامته [2] .

٣٢٦ - وعلى ضوء ما تقدم يكون للمستفيد إذا ما تقرر له حق الرجوع المباشر على المقاول أو من فى حكمه إعمال الحقوق الثلاثة المقررة لرب العمل ، فيكون له إما إعمال ضمان تمام البناء أو ضمان جودة التشغيل أو إثارة المسئولية العشرية . ولا تحد عقود التأجير التمويلى العقارى من حقوق المستفيد فى هذا الصدد [3] . ويلاحظ أنه طبقاً لأحكام ضمان المقاول لا يتقرر لرب العمل حق طلب فسخ عقد المقاولة أو دعوى شبيهة بدعوى رد المبيع . وبالتالى لا تجد شركة التأجير التمويلى فى رجوع المستفيد على المقاول بالضمان تهديداً لمصالحها إذ لا تكون معرضة لزوال الضمان الجوهرى الذى تتحوط به ضد مخاطر اعسار المستفيد أى ملكية العقار المؤجر . هذا ما يفسر فى تقديرنا قبول شركات التأجير التمويلى ارتباط المستفيد بالمقاول بموجب علاقة شخصية ومباشرة ابتداء ، أى فى الأحوال التى يكون فيها فى مركز المقاول فى علاقته بشركة التأجير التمويلى فيتعاقد بالتالى مع مقاول انشاء المبانى

---

(١) Cour d' appel de Paris, 15° chambre A, 14 mars 1988, Dalloz 1988, Informations Rapides 197. Cassation civile, 3° chambre, 12 juillet 1988, Dalloz 1988, Informations Rapides 11.

(٢) وجدير بالاشارة إلى أن المادة ١٧٩٢ - ٢ تذكر الاضرار التى تهدد سلامة عناصر تجهيز البناء Bâtiment فى حين ان المادة ١٧٩٢ تستخدم لفظاً أكثر عمومية هو لفظ العمل Ouvrage أى العمل الذى قام به المقاول . ويشير البعض الى أن هذا الاختلاف هو بقايا التشريعات السابقة على قانون ١٩٧٨ التى كانت تستخدم اصطلاح الانشاءات Edifices عند تنظيمها لضمان المقاول : COSTA, op. Cit., p. 36.

(٣) OUERDRAOGO, op. cit., p. 190.

باسمه الشخصى .

خلاصة القول اذن ان شركة التأجير التمويلى لا تجد عضاضة فى رجوع المستفيد على البائع أو المقاول بحسب الأحوال ، بل أن هذا الرجوع يمثل حداً ادنى من الحماية التى تحفظ للمستفيد قدرته على مواجهة الالتزامات الناشئة عن عقد التأجير التمويلى ، ويأتى استجابة لموقف القضاء الفرنسى الذى استقر على رفض حرمان المستأجر من كل حماية فى شأن الالتزام بالضمان .

الا أن سماح شركة التأجير التمويلى يجد حدوده عند التهديد بمصالحها ، وهو ما تراه متحققاً اذا أعمل المستفيد دعوى رد المبيع . لذلك اما أنها تحرم المستفيد من إعمال هذه الدعوى واما تحيط إعماله لها بقيود تضمن بها هيمنتها على مصير عقد التأجير التمويلى أو بعبارة ادق على مصير مصالحها المالية . ويجب فى تقديرنا أخذ هذه الحقيقة فى الاعتبار عند تفسيرنا للآليات التى يتحقق بها رجوع المستفيد على بائع الأصل على وجه الخصوص .

ب) آليـات رجوع المستفيد بالضمان :

٣٢٧ - إذا كان المستفيد أجنبياً عن عقد البيع أو عقد المقاولة فإنه لا يستطيع الرجوع على البائع أو المقاول بالضمان ما لم تمكنه منه شركة التأجير التمويلى ، صاحبة الحق أصلاً فى هذا الضمان . وبالتالى لابد من أن يتضمن عقد التأجير التمويلى وسيلة لنقل حق الشركة الممولة إلى المستفيد تكون نافذة فى مواجهة البائع أو المقاول [1] .

---

(١) لم يعترف القضاء الفرنسى بنشوء حق مباشر وشخصى للمستفيد فى الرجوع على البائع لمجرد اندراج العلاقات القانونية فى اطار عملية التأجير التمويلى . وبالرغم من أن بعض المحاكم اشارت إلى التفاعل القائم بين عقدى البيع والتأجير التمويلى وروابط التبعية القائمة بينهما التى قد تقضى إلى تداخل حقوق والتزامات الاطراف الثلاثة : البائع والمستفيد وشركة التأجير التمويلى (Cour D' appel d' Amiens, 2° chambre, 20 décembre1967, arrêt précité et Cour d' appel d' Aix - en-Provence, 18 juin 1969, arrêt précité.) الا أن الفقه والقضاء ذهب فى عمومه إلى أنه فى غياب الاتفاق على نقل حقوق شركة التأجير =

أما فى الفرض الذى يتعاقد فيه المستفيد مباشرة مع المقاول فإنه لاحاجة به إلى تدخل شركة التأجير التمويلى لكى يتمكن من الرجوع على المقاول بالضمان . ولا يعنى الأمر بالضرورة أن المستفيد يتمتع بكافة الدعاوى المقررة لرب العمل على نحو ما سبق لنا عرضه ، اذ قد يؤثر مركزه كمقاول فى علاقته بشركة التأجير التمويلى على نطاق الحقوق التى تتقرر له .

لذلك سوف نعرض من جانب لرجوع المستفيد بالضمان بواسطة شركة التأجير التمويلى من جانب ولرجوعه المباشر من جانب آخر .

١ - رجوع المستفيد بالضمان بواسطة شركة التأجير التمويلى :

٣٢٨ - ذكرنا من قبل ان عقود التأجير التمويلى تنقل حقوق الشركة الممولة فى الضمان إلى المستفيد بالاشارة الى عدة قوالب من نظم القانون الخاص . الا ان العبرة فى واقع الأمر تكون بما اتفق عليه الطرفان من تحديد للحقوق التى تتقرر للمستفيد عند رجوعه على البائع أو المقاول بالضمان . وإذا كانت عقود التأجير التمويلى العقارى لا تحد من الحقوق التى يقررها القانون لرب العمل الا أن عقود التأجير التمويلى للمنقولات كثيراً ما تحرم المستفيد من حق إعمال دعوى رد المبيع ، وإن اجازت للمستفيد إعمال هذه الدعوى فإنها تقيده بعدة قيود صوناً لمصالحها الجوهرية .

واذ نعرض لمختلف الاتجاهات التى حاولت تفسير الآلية التى يتحقق بها رجوع المستفيد على البائع بصفة اساسية فإن الحكم على صحتها أو دقتها يتوقف على مدى تعبيرها عن نطاق الحقوق المقررة للمستفيد من جانب وعن مدى التزام البائع برجوع

= التمويلى إلى المستفيد لا يجوز لهذا الاخير الرجوع على البائع لتخلف الاساس القانونى لهذا الرجوع . انظر فى ذلك :

Tribunal de commerce de Paris, 4° chambre, 19 mai 1970, JCP 1971 II 16 766, note LELOUP. CAPORALE, op. cit., p. 175. BEY: Du transfert..., op. cit., p. 64. HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 217 No 4. GIOVANOLI, op. cit., p. 241 No 301.

المستفيد عليه من جانب آخر ، أو بعبارة أخرى مدى نفاذ نقل الحق فى الضمان إلى المستفيد فى مواجهة البائع .

وجدير بالاشارة إلى أن المنازعات التى طرحت على القضاء الفرنسى والتى ثار بشأنها أمر تكييف رجوع المستفيد بالضمان على البائع انما كانت خاصة بعقود للتأجير التمويلى للمنقولات ، وهى التى تعرض فيها العلاقات بمناسبتها بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد وبائع المنقول . ويمكن قياس حالات رجوع المستفيد على بائع العقار أو مقاول انشاء المبانى بواسطة شركة التأجير التمويلى على حالة رجوع المستفيد على بائع المنقول .

أولاً : الحـــلول :

٣٢٩ - فى سبيل نقل حق شركة التأجير التمويلى فى ضمان البائع إلى المستفيد تقضى بعض عقود التأجير التمويلى بحلول المستفيد محل الشركة فى الرجوع على البائع . وقد ذهبت إحدى المحاكم الفرنسية إلى تكييف رجوع المستفيد بالحلول بالرغم من أن وقائع الدعوى كانت تشير إلى ان العقد تضمن انابة المستفيد فى الرجوع [١] . كذلك اتجه جانب من الفقه الفرنسى إلى تفسير رجوع المستفيد على البائع بفكرة الحلول [٢] .

ولقد اشار حكم لاحدى محاكم الاستئناف إلى أنه يمكن اضافة فى العقد إلى الحلول توكيل المستفيد فى طلب فسخ عقد البيع [٣] . ويتضح من ذلك أنه فى نظر

(١) Tribunal de commerce de Vervins, 18 avril 1967, JCP 1967 II 15291, note LELOUP.

(٢) PROMPT et REBOUL, op. cit., p. 401. SOLAL: Le crédit- bail im-mobilier, op. cit., p. 99. POUSSIER, oir. Cit., 2° partie, chapitre I, p. 29. FOURATI: Le leasing, Mémoire DES, Sciences Econo-miques, Paris, 1970, p. 16.

(٣) Cour d' appel de Rennes, 2° chambre, 3 novembre 1972, JCP 1975 II 17909, note BEY.

المحكمة لا تكفى فكرة الحلول وحدها فى منح المستفيد جميع الدعاوى الناشئة عن الضمان إذ لا يكون للمستفيد إعمال دعوى رد المبيع ، المعتبرة فى فرنسا من قبيل دعاوى الفسخ ، الا بوصفه وكيلاً عن شركة التأجير التمويلى .

ولا شك ان المقصود بالحلول فى هذا المقام هو الحلول الشخصى الذى يمكن تعريفه باستبدال دائن جديد بدائن أصلى بمناسبة وفاء [(١)] . وعلى ذلك يفترض الحلول أن ثمة وفاء بالتزام قام به شخص بدلاً من المدين فيحل محل الدائن فى الرجوع على المدين بما أوفاه متمتعاً بكافة حقوقه [(٢)] . ومن هذا المنظور يترتب على الحلول ذات الآثار المترتبة على حوالة الحق [(٣)] . لذلك يقال ان الحلول هو فى آن واحد وسيلة وفاء وحوالة حق [(٤)] .

ويترتب على ذلك ان الموفى الذى يحل محل الدائن يتلقى الحق بجميع مشتملاته ، فهو يتمتع اذن بكافة حقوق ودعاوى الدائن الأصلى بما فيها دعوى الفسخ [(٥)] . ويحق للمدين الاحتجاج فى مواجهة الموفى بكافة الدفوع الناشئة عن علاقته بالدائن الأصلى [(٦)] . وكل ما يختلف فيه الحلول عن حوالة الحق هو ان الدائن الأصلى لا يضمن للموفى وجود الحق خلافاً لحوالة الحق [(٧)] .

---

(١) STARCK: Droit civil: Obligations, Libairies Techniques, Paris, 1972, p. 705 No 2348.

(٢) MAZEAUD et CHABAS: Leçons de droit civil, Tome II, 1° volume, Montchrestien, Paris, 4° édition 1985, p. 927 No 841.

(٣) LARROUMET: Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Thèse Droit, Bordeaux, 1968, p. 155.

(٤) CARBONNIER: Droit civil, 4- Les obligations, PUF, Thémis-Droit, Paris, 12° édition 1985, p. 565.

(٥) MAZEAUD et CHABAS, op. cit., p. 939 No 858. STARCK, op. Cit., p. 709. No 2358.

(٦) PONSARD et BIONDEL, Subrogation, Encyclopédie Dalloz Civil, VII, No 183.

(٧) CARBONNIER, op. cit., p. 568. STARCK, op. cit., p. 310.

وتطبيقاً لذلك على التأجير التمويلى إذا قيل بحلول المستفيد محل شركة التأجير التمويلى فى الرجوع على البائع ، فإنه يحق له إعمال دعوى فسخ البيع دون حاجة اذن لتوكيله فى ذلك .

٣٣٠ – ويعاب على فكرة الحلول فى تفسير رجوع المستفيد بالضمان انها تسمح لهذا الاخير بطلب فسخ عقد البيع لحسابه هو لا لحساب شركة التأجير التمويلى ، وهو ما يتنافى مع مقصود الطرفين . فالشركة الممولة وان كانت تجيز للمستفيد طلب فسخ عقد البيع الا أنها تؤكد استردادها لثمن الأصل من البائع ، مما يعنى ان الفسخ بتقرر لمصلحتها لا لمصلحة المستفيد . ولا يمكن القول والحال هذه أنه استناداً إلى فكرة الحلول يعمل المستفيد بعض الحقوق لحسابه هو وبعضها الآخر لحساب شركة التأجير التمويلى [١] .

ولقد رفضت محكمة النقض الفرنسية فكرة الحلول [٢] ، وسايرها فى ذلك جانب هام من الفقه الفرنسى استناداً إلى أن الحلول يفترض قيام المستفيد باداء دين المدين وهو الذى يفترض أنه قام بسداد كامل اقساط الأجرة بالاضافة إلى القيمة المتبقية للأصل المؤجر ، وهو ما لا يكون متحققاً وقت اثارة المستفيد لضمان البائع [٣] . وإذا قيل بضرورة انتظار وفاء كامل هذه المبالغ فما من شك أنه فى أغلب الفروض يكون المستفيد قد تجاوز الموعد الوجيز الذى تنص عليه المادة ١٦٤٨ من التقنين المدنى الفرنسى [٤] . يضاف إلى ذلك ان المستفيد حينئذ يكون قد تلقى ملكية المنقول

---

(١) HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 234 No 18. BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op. cit., Fasc. 652, No 43.

(٢) Cassation commerciale, 9 juillet 1974, Bulletin Civil, IV, 225.

(٣) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 164. BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 94. CABRILLAC, opc cit., No 43. BAKOUKA, op. cit., p. 129. OUERDRAOGO, op. Cit., p. 278.

(٤) CREMIEUX-ISRAEL, op. Cit., p. 63. BAKOUKA, op. cit., P. 99.

وبالتالى يحق له الرجوع مباشرة على البائع بوصفه خلفاً للمشترى أى شركة التأجير التمويلى [1] ، وذلك فى حدود الدعاوى التى يقرها القضاء الفرنسى لخلف المشترى فى الرجوع على البائع الأصلى [2] .

ويلاحظ على ما اتجه إليه الفقه الفرنسى ان الدين الذى يوفى به المستفيد أى الأجرة والقيمة المتبقية ليس بأى حال من الأحوال وفاء بدين للبائع تجاه شركة التأجير التمويلى ، وانما هو وفاء لالتزام شخصى يقع على عاتق المستفيد بمقتضى عقد التأجير التمويلى [3] . ومع ذلك من المؤكد أن شركة التأجير التمويلى كانت لتعمل حقها فى الرجوع على البائع بالضمان إذا كان من المقرر رجوع المستفيد عليها بالضمان ، الا أنها سمحت للمستفيد بالرجوع على البائع مباشرة كبديل لاعفائها من كل التزام بالضمان فى مواجهته . والحلول بفرض صحته يجعل من اعفاء الشركة من الضمان بمثابة وفاء قام به المستفيد يبرر حلوله محلها فى الرجوع على البائع ، وهو ما لا يستقيم قانوناً . وبفرض تجاوز مقتضيات الفن القانونى تظل فكرة الحلول غير صحيحة لأن محل الاعفاء والرجوع مختلفان نظراً لاختلاف ضمان المؤجر عن ضمان البائع .

خلاصة القول اذن أنه فى نظر الفقه الفرنسى لا تصلح فكرة الحلول فى تفسير رجوع المستفيد على البائع لأنها تفترض تعاصر الوفاء مع الحلول وهو ما لا يتحقق اذ يتم الرجوع قبل وفاء المستفيد بالتزاماته المالية [4] . ومن جانب آخر يشير بعض الفقه إلى أن ابرام عقد الترجير التمويلى الذى يتضمن مبدأ الحلول يكون سابقاً على ابرام عقد البيع مصدر التزام البائع بالضمان ، وبالرغم من أن الحلول لا يقتضى موافقة المدين عليه وهو ما يجعله نافذاً فى مواجهته دون أى أجراء الا أنه لا يمكن تحققه قبل

---

(١) CROIZAT, op. cit., p. 99.

(٢) انظر فى نطاق الدعاوى المقررة لخلف المشترى فى شأن ضمان العيوب الخفية :
NANA, op. cit., p. 234. et s.

(٣) HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 236 No. 19.

(٤) OUERDRAOGO, op. cit., p. 278.

نشوء الحق الذى يوفى به المستفيد أو يفترض الوفاء به [1] .

ثانياً : الإنابـــة :

٣٣١ - ذهب جانب من الفقه إلى تقرير صحة ما تتضمنه بعض عقود التأجير التمويلى من رجوع المستفيد على البائع بالضمان استناداً إلى فكرة الإنابة ، وفيها تكون شركة التأجير التمويلى منيباً والبائع مناباً والمستفيد مناباً لديه [2] .

ويلاحظ أن فكرة الانابة تراعى إلى حد كبير مصالح المستفيد لأن احكامها تفرض على المنيب أى شركة التأجير التمويلى ضمان يسار المناب أى البائع إلى المناب لديه أى المستفيد وقت الإنابة [3] . ومؤدى ذلك أنه فى فرض اعسار البائع وقت ابرام عقد التأجير التمويلى وعقد البيع لا يكون اعفاء شركة التأجير التمويلى من التزامها بالضمان صحيحاً .

لكن تنظيم حقوق والتزامات طرفى عقد التأجير التمويلى يناقض هذا المعنى . فقد رأينا ان المستفيد يتحمل التبعات الناشئة عن ارتباط الشركة الممولة بالبائع إما استناداً إلى الوكالة الأصلية أو استناداً إلى الوكالة التبعية ، بل أن المستفيد قد يكفل للشركة الممولة وفاء البائع بالتزاماته تجاهها . وان كان القضاء الفرنسى يشترط لصحة اعفاء الشركة من الضمان تمكينها المستفيد من الرجوع على البائع فإنه لم يشترط ضمان فعالية هذا الرجوع ، ولا يمكن بالتالى القول بضمانها يسار البائع .

٣٣٢ - ولا يمكن قبـول فكرة الانابة لأنه من المقـرر أن الحق الذى تنقله شركة التأجير التمويلى إلى المستفيد هو حقها فى ضمان البائع ، فى حين ان الانابة

---

(١) BEY: Du transfert..., op. cit., p. 36.

(٢) COILLOT: Initiation..., op. cit, 164. CNCF, op. Cit., p. 15. DE JUGLART et IPPOLITO. op. cit., p. 382. No 1712.

(٣) RIEG: Délégation, Encyclopédie Dalloz Civil, III, No 29.

وقارن بخصوص الانابة الكاملة : MAZEAUD et CHABAS, op. cit., p. 1235 No 1248.

تفضى إلى التزام البائع بضمان المؤجر تجاه المستفيد [1] .

ومن جانب آخر تقتضى الإنابة موافقة اطرافها الثلاثة [2] . وقد رأينا ان طلب التعاقد الذى ترسله شركة التأجير التمويلى إلى البائع والذى يتضمن الانابة يفيد قبول الشركة للبيع حيث ان البائع يكون فى حالة ايجاب فى نهاية مفاوضاته مع المستفيد . وبالتالى لا يحتاج ابرام العقد إلى اعلان ارادى آخر من جانب البائع فلا يمكن التأكد على وجه اليقين بموافقته على الإنابة . ولا شك أن الإنابة تسىء إلى مركزه القانونى من زاويتين : الأولى هى التزامه بضمان المؤجر وليس بضمان البائع الذى تعاقد على اساسه ، والثانية تتمثل فى عدم جواز الاحتجاج فى مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن علاقته بشركة التأجير التمويلى حيث من المقرر أنه لا يجوز للمناب الاحتجاج فى مواجهة المناب لديه بالدفوع الناشئة عن علاقة المناب بالمنيب [3] .

ويسوق الفقه الفرنسى حجة قاطعة على فساد فكرة الانابة كتفسير لرجوع المستفيد على البائع لما تقتضيه من عدم الاحتجاج بالدفوع [4] ، فليس فى قصد الاطراف التشديد من مركز البائع وانما حمله على الالتزام بالضمان فى مواجهة المستفيد . مع ذلك ذهب رأى إلى أن البائع بقبوله الإنابة يكون قد قبل القيود التى تفرضها [5]. الا أنه على ضوء ما يتحقق فى العمل فإن قبول البائع للإنابة محل شك .

---

(١) BEY: De la symbiotique.... op. cit., p. 44. GIOVANOLI, op. Cit.. p. 243 No 304. CAPORALE, op. cit.. p. 166. CALAIS-AULOY, op. cit., No 128. HARICHAUX-RAMU, op. cit., P. 242 No 23. BAKOUKA, op. cit., p. 131.

(٢) RIEG, op. Cit., No 20. STARCK, op. cit., p. 688 No 1936. MAZEAUD et CHABAS, op. cit., p. 1233 No 1240.

(٣) MAZEAUD et. CHABAS, op. cit., p. 1236 No 1246.

(٤) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 150. LELOUP: JCP 1967 II 15 291, note précitée. CABRILLAC, op. cit., No 44. BAKOUKA, op. cit., p. 131.

(٥) HARI CHAUX-RAMU, op. cit., 242 NO 23.

٣٣٣ - ولقد ثار التساؤل حول طبيعة هذه الإنابة بفرض صحتها ، هل هى انابة كاملة أم إنابة ناقصة . فالإنابة الكاملة بمثابة تجديد بتغيير شخص المدين ، ويترتب عليها انقضاء التزام المنيب أى شركة التأجير التمويلى تجاه المناب لديه أى المستفيد وهو ما يتسق واعفاء الشركة من التزامها بالضمان [١] .

ويذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى أن الإنابة فى معرض التأجير التمويلى لا يمكن أن تكون غير انابة ناقصة ، لأن شركة التأجير التمويلى لا تقبل تخليها عن كل رجوع على البائع بسبب عيوب الأصل الخفية [٢] . ولا يخفى ما فى هذا الرأى من تناقض لأن الالتزام الذى ينقضى على اثر الإنابة الكاملة هو التزام المنيب تجاه المناب لديه وليس التزام المناب تجاه المنيب بفرض استناد الالتزام الى مثل هذه الإنابة [٣] . وبعبارة أخرى لا يتأثر التزام البائع بالضمان تجاه الشركة الممولة بسبب التجديد الذى تتمحض عنه الإنابة الكاملة ، وبالتالى تستطيع الشركة الاحتفاظ بحقها فى طلب فسخ عقد البيع بالرغم من الإنابة . أما الإنابة الناقصة فيعيبها الابقاء على التزام المنيب تجاه المناب لديه قائما أى التزام شركة التأجير التمويلى بالضمان تجاه المستفيد ، وهو مالا يتفق واعفاء الشركة من الالتزام بالضمان [٤] .

هذا وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية تأسيس رجوع المستفيد على فكرة الإنابة [٥] . واهم ما استندت إليه فى تبرير موقفها هو عدم جواز الزام البائع بضمان المؤجر من جانب وعدم جواز حرمانه من الاحتجاج بالدفوع من جانب آخر [٦] .

---

(١) BEY: Du transfert..., op. cit., p. 38. HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 237. No 21.

(٢) LELOUP, note précitée. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 64.

(٣) HARICHAUX-RAMU, op. cit.,p. 239 No 21.

(٤) BEY: Du transfert..., op. cit., p. 39.

(٥) Cassation commerciale, 25 Janvier 1977, Bulletin Civil. 1977, IV. No 24.

(٦) انظر فى التعليق على الحكم المذكور : GIOVANOLI, op. cit., p. 243 No 304.

ويتضح من ذلك أنه لا يجوز الإساءة إلى مركز البائع بفعل نقل حق شركة التأجير التمويلى فى الضمان الى المستفيد . ومع ذلك يفيد البائع من نقل الحق المشار إليه إلى المستفيد فى حالة حرمان هذا الأخير من إعمال دعوى رد المبيع . وبالرغم من ان البائع هو المسئول الأول عما يعترى الأصل من عيوب الا أن التأجير التمويلى يقيه من فسخ عقد البيع فى أغلب الفروض [(١)] .

ثالثاً : الوكـالة :

٣٣٤ - يرى البعض ان شركة التأجير التمويلى بوصفها دائنة بضمان البائع فإنها تستطيع توكيل المستفيد فى الرجوع على البائع [(٢)] . وأهم ما يميز قالب الوكالة أنه لا يشترط قبولها من قبل البائع [(٣)] . ومع ذلك قيل بعدم نفاذها فى مواجهته مالم يعلم بصدورها عن شركة التأجير التمويلى [(٤)] . وهذا ما اتجهت إليه بالفعل احدى المحاكم الفرنسية [(٥)] ، وقد انتقدها البعض على اساس إنها ابتدعت شرطاً جديداً لنفاذ الوكالة لا يقضى به القانون [(٦)] .

وبموجب الوكالة فى الرجوع على البائع يستطيع المستفيد إعمال دعوى انقاص الثمن وإعمال دعوى التعويض ، فضلاً عن إمكانية إعمال دعوى رد المبيع [(٧)] .

---

(١) راجـع فـى ذلـك : DIEBLOT: le crédit-bail, protection efficace contre l'action en résolution de vente (une aubaine pour les vendeurs de biens d' équipement). Revue de jurisprudence Commerciale, journal des Agréés, p. 71 à 81 et p. 103 à105.

(٢) PACE: Pratique..., op. cit., p. B 7. LELOUP: JCP 1968. II 15504, note précitée.

(٣) CABRILLAC, op. cit., No 42. HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 224 No 11.

(٤) BALME, op. cit., No 70. PARLEANI, op. cit., 712 No 27. GAVALDA, op. Cit., No 27.

(٥) Cour d' appel d' Aix-en - Provence, 18 juin 1969, arrêt précité.

(٦) HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 224 N0 11.

=

ويلاحظ أنه فى الفروض الذى يلجأ فيها عقد التأجير التمويلى إلى توكيل المستفيد فى الرجوع على البائع بالضمان لا يتم تحديد اطار هذه الوكالة بتحديد الحقوق التى يجوز للمستفيد إعمالها فى مواجهة البائع [١] .

٣٣٥ - الا أنه يعاب على فكرة الوكالة أنها لا تحقق ادنى نقل لحقوق شركة التأجير التمويلى فى ضمان البائع إلى المستفيد ، ولا يتمتع هذا الأخير بأية دعوى شخصية فى مواجهة البائع وانما يعمل دعاوى الشركة ازاء المتعاقد معها [٢]. ويشير الواقع إلى أن المستفيد يهدف إلى رفع هذه الدعاوى باسمه ولحسابه الخاص وطبقاً لما تقضى به مصالحه [٣] ، فهو إن طالب البائع بالتعويض انما يطالبه بتعويض ما لحقه شخصياً من اضرار وليس ما يكون قد لحق شركة التأجير التمويلى من ضرر ولا يهدف مطلقاً إلى اضافة الآثار الناشئة عن دعاوى الضمان إلى ذمة الشركة الممولة [٤] .

ويشير البعض الى خطورة توكيل المستفيد فى هذا الرجوع المطلق على البائع على مصالح شركات التأجير التمويلى ، ذلك ان الشركة ان سمحت للمستفيد بطلب فسخ عقد البيع فإنها تترك مصير عملية التأجير التمويلى بين يديه [٥] . بينما يشير البعض الآخر إلى ان مسئولية المستفيد بوصفه وكيلاً عن الشركة فى اختيار الأصل وبائعه فضلا عن استلامه يخفف من الخطر المشار إليه ، خاصة إذا ما اخذ فى

(٧) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 156.

= وجدير بالاشارة إلى أنه بالرغم من شمول الوكالة لهذا الاطار الواسع الا أن ما يتمتع به المستفيد من حقوق يتوقف فى هذه الحالة على نطاق التزام البائع بالضمان كما يحدده عقد البيع .

(١) LELOUP: JCP 1973 II 17300, Note précitée. HARICHAUX-RAMU op. cit., p. 227 No 12.

(٢) CALAIS-AULOY, op. cit., No 126. PARLEANI, op. cit., p. 714 No 30. HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 224 No 10. LELOUP: JCP 1971 II 16766, note précitée.

(٣) GOYET, op. cit., p. 61 No 103. TEYSSIE, op. cit., p. 255 No 513.

(٤) HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 226 N0 12.

الاعتبار أن التزامات المستفيد بتنفيذ مختلف الوكالات هى التزامات بتحقيق نتيجة [١] .
ومما يزيد من وطأة الأمر بالنسبة للمستفيد ان اخفاقه فى تنفيذ التزاماته قد يؤدى إلى الزامه بدفع تعويض كبير يحدده الشرط الجزائى المتضمن فى عقود التأجير التمويلى بصفة نمطية على نحو ما سوف نرى فيما بعد .

ولقد ذهبت احدى المحاكم التجارية إلى اشتراط التشاور بين المستفيد وشركة التأجير التمويلى قبل إعمال الأول الحق المقرر له بطلب فسخ عقد البيع [٢] . وكان مؤدى الحكم المتقدم توفير حماية غير مستحقة للبائع لأن الشرط الذى اقامته المحكمة دون سند من القانون أو الاتفاق يفضى إلى وقايته من رفع دعوى المطالبة بفسخ عقد البيع فى أغلب الأحوال [٣] . ولقد ترتب على صدور الحكم المشار اليه أن دأبت شركات التأجير التمويلى على فرض شرط فى العقد يلزم المستفيد بإخطار الشركة بعزمه على طلب الفسخ وضرورة تشاوره معها فى الأمر ، وفى كل الأحوال تعهده بعدم رفع الدعوى ما لم تأذنه الشركة بعد اخطارها بذلك [٤] .

٣٣٦ - وإذا كان رجوع المستفيد على البائع بالضمان يستند إلى وكالة صادرة عن شركة التأجير التمويلى فإن هذه الوكالة تكون صادرة لصالح الطرفين معاً ، ويترتب على ذلك عدم جواز عزل المستفيد بإرادة شركة التأجير التمويلى المنفردة [٥] . وقد رأى البعض فى ذلك حماية فعالة لمصلحة المستفيد فى التأكد من إمكانية الرجوع على

(٥) LELOUP: JCP 1967 II 15291, note précitée.

---

(١) BEY: JCP 1975 II 17909, note sous Cour d' appel de Rennes, 2°chambre, 3 novembre 1972.

(٧) Tribunal de commerce de Toulouse, 2 septembre 1971, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1972, p. 82.

(٣) CAPORALE, op. cit., p. 178.

(٤) HARICHAUX-RAMU, op. Cit., p. 230 No 15. BALME, op. cit., No 70.

(٥) RODIERE: Mandat, Encyclopédie Dalloz Civil, VI, No 369. VI-DAL: Note sous Cassation commerciale, 17 et 26 février 1958,

البائع فى كل وقت ، ويضيف إلى ذلك أن شركة التأجير التمويلى لن تسعى إلى عزل المستفيد والا تعرض شرط اعفائها من الضمان للزوال واستعاد المستفيد حقه فى الرجوع عليها بضمان المؤجر (١) .

ومع ذلك نجد ان عقود التأجير التمويلى تقرر جواز رجوع الشركة الممولة عن الوكالة لمقتضيات مالية تنفرد الشركة بتقديرها دون اعتراض من المستفيد ودون ان يخوله ذلك الحق فى اثاره التزامها بالضمان الذى سبق ان اعفاها المستفيد منه (٢) . وإذا كان المقصود من الشرط المتقدم هو تحقيق هيمنة الشركة على إعمال دعوى رد المبيع إلا أنه يحجب عن المستفيد ضمان امكانية الرجوع على البائع فى كل وقت (٣) .

وبمعرض تحليل فكرة الوكالة كأساس لرجوع المستفيد على البائع بالضمان يصل الفقه إلى التوفيق الآتى بين مصالح الطرفين : فمن جانب يعد طلب فسخ عقد البيع حقاً مقرراً لمن كان طرفاً فيه ، وباعتبار دعوى رد المبيع من قبيل دعاوى الفسخ فإنها لا تتقرر الا لشركة التأجير التمويلى بوصفها الطرف المشترى دون المستفيد (٤) . وإن اجيز للمستفيد رفع هذه الدعوى انما يرفعها باسم ولحساب الشركة الممولة (٥) . ويترتب على ذلك ان آثار دعوى رد المبيع تضاف إلى ذمة شركة التأجير التمويلى فتسترد هى دون المستفيد ثمن المبيع من البائع . ومن جانب آخر تعد الدعاوى الأخرى الناشئة عن ضمان البائع حقوق لصيقة بصفة الدائن بالضمان ويجوز بالتالى نقلها إلى الغير ، وحرصاً على مصلحة المستفيد لابد من توافر وسيلة لنقل هذه

Dalloz 1958, jurisprudence 541.

---

(١) BALME, op. cit., No 70. TROCHU: Dalloz 1973, jurispruden ce 649, note précitée.

(٢) PARLEANI, op. cit., p. 716 No 35. BAKOUKA, op. cit., p. 139.

(٣) CAPORALE, op. cit., p. 183.

الحقوق إلى المستفيد بحيث يصير له إعمالها فى مواجهة البائع لحسابه الخاص . وفى هذه الحالة لا يكون قالب الوكالة مجدياً ، وما يجب بالتالى البحث عنه هو قالب يمنح دعاوى التنفيذ العينى وانقاص الثمن والتعويض بصفة شخصية إلى المستفيد ، بينما يسمح قالب الوكالة وحده بإعمال المستفيد لدعوى رد المبيع نيابة عن الشركة الممولة.

رابعاً : التجـــديد :

٣٣٧ - التجديد هو انقضاء للالتزام بنشوء التزام جديد يحل محله . ويتحقق التجديد اما بتغيير شخص الدائن أو شخص المدين واما بالتغيير فى محل الالتزام أو فى مصدره أو فى اوصافه [١] .

ولقد ذهب البعض إلى أن تجديد التزام البائع بالضمان بتغيير شخص الدائن يتفق ومقصود اطراف التأجير التمويلى حيث يصبح المستفيد الدائن الجديد بالتزام البائع بالضمان [٢] . ولكن التجديد بوصفه طريقة لانقضاء الالتزام يؤدى إلى انقضاء التزام البائع بالضمان فى مواجهة شركة التأجير التمويلى [٣] ، وهو ما لا تهدف إليه الشركة خاصة إذا ما احتفظت بحقها الاستئارى فى إعمال دعوى رد المبيع .

٣٣٨ - كذلك لا يجوز تأسيس رجوع المستفيد بالضمان على تجديد الالتزام بتغيير شخص المدين ، والفرض هنا أن البائع يصير الملتزم بالضمان فى مواجهة المستفيد بدلاً من شركة التأجير التمويلى . وتصادف فكرة التجديد ذات الانتقادات التى صادفت فكرة الإنابة الكاملة وبصفة خاصة ما اثير حول اختلاف ضمان المؤجر عن ضمان البائع [٤] . ويضاف إلى ذلك ان التجديد بتغيير المدين لا يقتضى رضاء شركة التأجير التمويلى به ، فى حين ان الشركة هى التى تتخذ مبادرة نقل حقوقها فى

---

(١) CARBONNIER, op. cit., p. 588 et s. MAZEAUD et CHABAS, op. cit., p. 1215 et s. STARCK, op. cit., p. 710 No 2363.

(٢) OUERDRAOGO, op. cit., p. 28.

(٣) BEY: Du transfert..., op. cit., p. 56.

(٤) BEY: Du transfert..., op. cit., p. 57.

الضمان إلى المستفيد [1] .

ومن جانب آخر يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلى بتوابعه وعدم انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد [2] . ومؤدى ذلك حرمان المستفيد من كافة الضمانات التى يكون البائع قدمها إلى شركة التأجير التمويلى نتيجة لمفاوضاته مع المستفيد . وهو ما لا يقصده أى من الاطراف الثلاثة والاماكان المستفيد ليفاوض البائع على تقديم ضمانات لن يفيد منها نتيجة لتجديد الالتزام . ولا يمكن تفادى هذه النتيجة ما لم يتفق على نقل التأمينات إلى التزام البائع فى مواجهة المستفيد .

ويجب توافر رضاء البائع على التجديد ، وقد اشارنا بمعرض تحليل فكرة الانابة ان قبول البائع لما يتضمنه طلب التعاقد الذى يتلقاه من شركة التأجير التمويلى أمر غير يقينى . وبفرض قبوله التجديد فإنه لا يستطيع الاحتجاج فى مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن علاقته بشركة التأجير التمويلى نظرا لانقضاء الالتزام الأصلى وصيرورته مديناً بالتزام جديد . ولقد رأينا من قبل ان محكمة النقض الفرنسية لا تجيز حرمان البائع من الاحتجاج بالدفوع لمجرد ان التزامه بالضمان يكون فى مواجهة المستفيد بدلاً من شركة التأجير التمويلى [3] .

خامساً : الفضـــالة :

٣٣٩ - الفضالة هى ان يتولى شخص عن قصد القيام بعمل لازم لحساب شخص آخر دون ان يكون ملزماً بذلك [4] . ولقد اشـار البعض إلى ان قيـام المستفيد

---

(١) OUERDRAOGO, op. cit., p. 283. BEY: Du transfert..., op. cit., p. 57.

(٢) CARBONNIER, op. cit., p. 593. MAZEAUD et CHABAS, op. cit., p. 1221 No 1228. STARCK, op. Cit., p. No 2371.

(٣) راجع حكم الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسيـة الصادر بتاريخ ٢٥ يناير ١٩٧٧ ، سـابق الاشـارة إليه .

(٤) GORE: Gestion d' affaires, Encyclopédic Dalloz Civil, IV, No 1.

بإعمال دعاوى ضمان البائع هو بمثابة فضالة منه [١] . ومع ذلك يثور التساؤل عما إذا كان يتوافر فى رجوع المستفيد على البائع العناصر الاساسية الثلاثة للفضالة وهى : القيام بعمل لازم ، ونية القيام به لحساب شخص آخر ، وعدم وجود التزام سابق بالقيام بالعمل أو توكيل فى القيام به [٢] .

لا شك أولاً ان اشتراط عدم وجود التزام سابق أو توكيل فى القيام بالعمل يفترض موقفاً سلبياً لرب العمل ، وهو شركة التأجير التمويلى فى فرضنا المتقدم . وإذ هى التى تنقل حقوقها فى الضمان إلى المستفيد فإنها تتخذ موقفاً إيجابياً من العمل الذى يقوم به المستفيد [٣] . وفى الفرض الذى يعمل فيه المستفيد دعوى رد المبيع بوصفه وكيلاً عن شركة التأجير التمويلى فإن احد شروط الفضالة غير متوفر .

ومن جانب آخر يصعب اعتبار رجوع المستفيد على البائع بالضمان بمثابة أمر لازم أو شأن عاجل لشركة التأجير التمويلى ، وقد ثبت عدم انشغالها المطلق بجميع النواحى الفنية المتعلقة باستعمال الأصل ولا يضيرها أمر العيوب التى قد تعتريه . بل ان عزوفها عن التدخل فى هذه النواحى الفنية هو الذى املى عليها تنظيم أمر ضمان العيوب على النحو الذى سق لنا عرضه . فهى تنقل حقوقها فى الضمان إلى المستفيد لكى يكون بديلاً لاعفائها من كل التزام بالضمان ، اما إعمال المستفيد للحقوق المقررة له فلا يعنيها البتة ولا يمكن بالتالى اعتباره أمراً لازماً أو شأناً عاجلاً لها .

واخيراً إذا كانت الفضالة تقتضى قيام الفضولى بالعمل لحساب رب العمل فإن المستفيد لا يهدف من رجوعه على البائع بالضمان سوى مصالحه هو ولا يتم الرجوع اذن لحساب شركة التأجير التمويلى .

خلاصة القول اذن ان الفضالة لا يمكن ان تكون اساساً صحيحاً لرجوع المستفيد على البائع بالضمان .

---

(١) TROCHU: Dalloz 1973, jurisprudence 649, note précitée.

(٢) GORE, op. cit., No 44 et s.

(٣) BEY: Du transfert..., op. cit., p. 64.

سادساً : المسئوليـة التقصيريـة :

٣٤٠ – رأينا ان القضاء الفرنسي لا يقر للمستفيد بالرجوع الشخصى والمباشر على البائع بالضمان ما لم يكن ذلك بموجب نقل حقوق شركة التأجير التمويلى فى الضمان إليه ، وذلك احتراماً لمبدأ نسبية آثار التصرفات [١] .

ومع ذلك ذهب حكم إلى تقرير صحة رجوع المستفيد بالضمان على البائع رغم تخلف الاتفاق فى عقد التأجير التمويلى على نقل حقوق الشركة الممولة إلى المستفيد . وقد استند الحكم فى تبرير ذلك إلى قواعد المسئولية التقصيرية التى تجيز للمستفيد إثارة مسئولية البائع عن العيوب الخفية التى تعترى الأصل [٢] .

ولكن يلاحظ ان الاستناد إلى قواعد المسئولية التقصيرية يجيز للمستفيد مطالبة البائع بتعويض الاضرار التى لحقت به من جراء وجود عيب خفى بالأصل . ويشترط فى هذه الحالة توافر عناصر المسئولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر . ويترتب على ذلك القاء عبء على عاتق المستفيد بإثبات ان العيب الذى يعترى الأصل انما يرجع وجوده إلى خطأ اقترفه البائع ، وهو مالا يكون متحققاً فى جميع الأحوال . ويضاف إلى ذلك ان إثارة مسئولية البائع التقصيرية يتجاوز نطاق مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بالضمان بوصفه التزاماً تعاقدياً ينشأ عن عقد البيع ، ولا شك ان كلا النظامين : المسئولية والضمان نظامان مختلفان [٣] .

ومع ذلك قد يجد رجوع المستفيد بالمسئولية التقصيرية على البائع أهميته فى مجال آخر وهو مجال المسئولية عن الأضرار التى تلحق بالغير بفعل الأصل والتى تثقل

---

(١) HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 217 No 4. BEY: Du transfert..., op. cit., p. 64. GIOVANOLI, op. cit., p. 241 No 301.

(٢) Tribunal de commerce de Paris, 4° chambre, 19 mai 1970, JCP 1971 II 16766, note LELOUP.

(٣) NANA, op. cit., p. 208 No 344.

عاتق حارسه [١] . فقد أقام القضاء الفرنسى تفرقة بين نوعين من حراسة الاشياء : حراسة البنيان الهيكلى للشىء Garde de la structure وحراسة توجيه واستعمال الشىء Garde du comportement [٢] . فإن كان الضرر يرجع إلى ما يكون فى الشىء من عيوب جاز للغير الرجوع على المسئول عن وجود العيب ، وان كان الضرر يرجع إلى خطأ فى استعمال الشىء لا يكون للغير سوى الرجوع على الشخص الذى يكون له حق الاشراف والرقابة على الشىء . وبوصف المستفيد اجنبياً عن عقد البيع فإنه يستطيع الرجوع على البائع بالمسئولية بوصفه حارس البناء الهيكلى للأصل إذا نتج عنه ضرر بسبب العيوب التى تعتريه . ومع ذلك يجب لإعمال هذا الحكم غض النظر عن تدخل شركة التأجير التمويلى بوصفها مالك الأصل ومؤجره .

سابعاً : الدعوى غير المباشرة :

٣٤١ - اشار اتجاه فى القضاء الفرنسى إلى جواز رجوع المستفيد على البائع بالضمان إعمالاً للدعوى غير المباشرة ، وذلك بغض النظر عن الاتفاق فى عقد التأجير التمويلى على هذا الرجوع . ويكفى فى هذا الصدد الا تستعمل شركة التأجير التمويلى حقها فى الرجوع على البائع [٣] .

ومع ذلك يصعب القول بتأسيس رجوع المستفيد على البائع على الدعوى غير المباشرة فى اطار التأجير التمويلى . فمن جانب يكون الرجوع لحساب المستفيد كما اشارنا من قبل فى حين ان الدائن الذى يستعمل دعوى مدينه انما يقتصر على إعمال حقوق هذا المدين الذى تخاذل عن اقتضائها [٤] . وحيث ان المستفيد يعمل حقاً شخصياً ومباشراً فى الرجوع على البائع ، ويتقرر بمقتضى عقد التأجير التمويلى ، فلا

---

(١) CROIZAT, op. cit., p. 100.

(٢) حول اشارة موجزة للتفرقة المتقدمة ، انظر :
VINEY: Note sous cassation civile, 1° chambre, 12 novembre 1975 et Cour d' appel de Paris, 5 décembre 1975, JCP 1976 II 18479.

(٣) Tribunal de commerce de Lyon, 5 octobre 1970, Revue de Jurisprudence Commerciale, juillet-août 1972, p. 221.

(٤) MAZEAUD et CHABAS, op. cit., p. 1028 No 959.

جدوى من إعمال الدعوى غير المباشرة [١] .

وإذا فرضنا جدلاً ان عقد التأجير التمويلى لا ينقل حقوق الشركة الممولة إلى المستفيد تجاه البائع ، فإن اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة يقتضى ان يكون المدين اى شركة التأجير التمويلى معسراً [٢]، وهو ما يصعب تحققه وحال شركات التأجير التمويلى من الملاءة المالية التى تنفى عنها شبهة الاعسار [٣] .

كذلك يفترض إعمال الدعوى غير المباشرة ان تكون شركة التأجير التمويلى مدينة للمستفيد بالضمان فى حين ان عقد التأجير التمويلى يتضمن شرطاً باعفاء الشركة من الالتزام بالضمان مما ينفى عن المستفيد صفة الدائن بالضمان فى علاقته بها [٤] .

واخيراً وحتى يحق للدائن استعمال حقوق مدينه يجب ان يكون حق المدين مؤكداً وهو ما لا يمكن القول به بشأن الضمان الذى يخول الدائن إعمال الخيار بين عدة دعاوى أهمها دعوى رد المبيع ودعوى انقاص الثمن[٥] .

ثامناً : حوالة الحق :

٣٤٢ - يعد الفقيه الفرنسى CALAIS-AULOY أول من استند إلى فكرة حوالة الحق لتفسير رجوع المستفيد على البائع بالضمان [٦] . وذهب إلى أن نقل حقوق شركة التأجير التمويلى فى ضمان البائع إلى المستفيد يتحقق بموجب حوالة حق يتم اعلان البائع بها فى طلب التعاقد الذى ترسله شركة التأجير التمويلى إليه ،

---

(١) BEY: Du transfert..., op. cit., p. 63.
(٢) STARCK, op. cit., p. 976.
(٣) CAPORALE, op. cit., p. 170.
(٤) PARLEANI, op. cit., p. 717 No 36.
(٥) HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 266 No 38.
(٦) انظر مقاله المنشور فى موسوعة دالوز عام ١٩٧٢ والذى استبدل المقال المشار إليه فى هذا المرجع به . ولقد نشر المقال الأخير عام ١٩٨١ ويشهد بقاء الفقيه على موقفه .

فيتحقق بذلك نفاذ الحوالة في مواجهته كما يمكن افتراض قبوله الضمنى لها [1] .

ويترتب على حوالة الحق ان يصير المستفيد فى ذات مركز المشترى أى شركة التأجير التمويلى ، وبالتالى يحق له إعمال دعوى رد المبيع أو دعوى انقاص الثمن كما يجوز له مطالبة البائع بالتعويض ان كان له مقتض [2] .

وقد ايدت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من تفسير نقل حقوق شركة التأجير التمويلى إلى المستفيد بموجب حوالة حق [3] .

٣٤٣ - ولا يعيب الفقه على القضاء سلطانه فى اعادة تكييف القوالب التى يتحقق بموجبها نقل حقوق الشركة الممولة إلى المستفيد طبقاً لنصوص عقود التأجير التمويلى [4] ، وانما يجب اخذ فى الاعتبار عند التكييف ما اتجهت إليه نية الأطراف . وتطبيقاً لذلك على حوالة حق الشركة فى الضمان لابد من الوقوف على نية الأطراف فى مدى منح المستفيد حق طلب فسخ عقد البيع [5] . وقيل فى الرد على ذلك أنه يمكن الاتفاق صراحة على الحد من الحقوق الممنوحة إلى المستفيد بموجب حوالة الحق فيكون له إما إعمال جميع حقوق شركة التأجير التمويلى أو البعض منها فقط [6] . وهكذا يصير قالب حوالة الحق وسيلة شركة التأجير التمويلى فى تقدير نطاق الحقوق الممنوحة إلى المستفيد حسب ما يتراءى لها ويتفق مع

---

(١) CALAIS-AULOY, op. cit., No 129.

(٢) CALAIS- AULOY, op. cit., No 130. GIOVANOLI, op. cit., p. 243 No 305.

(٣) Cassation commerciale, 25 janvier 1977, Bulletin Civil, 1977, IV, No 24.

(٤) CABRILLAC, op. cit, No 45.

(٥) HARICHAUX- RAMU, op. cit, p. 263 No 38.

(٦) CALAIS-AULOY, op. cit., No 130.

مصالحها [١] . ومع ذلك لا يخفى ما فى الأخذ بفكرة حوالة الحق من أهمية بالنظر إلى مصالح المستفيد حيث يشترط النص صراحة على عدم جواز إعمال دعوى رد المبيع ، اما فى حالة سكوت العقد فإنه يجوز له إعمال هذه الدعوى دون معقب من الشركة الممولة .

وبمقتضى حوالة الحق يتلقى المستفيد (المحال له) حقوق شركة التأجير التمويلى (المحيل) تجاه البائع (المحال عليه) ، وذلك فى حدود ما يتحدد به من نطاق للحوالة فى اتفاق الشركة والمستفيد . وتنتقل إلى المستفيد جميع توابع الحق والتأمينات الضامنة له ، ولكن شركة التأجير التمويلى لا تضمن له يسار البائع . ويستبقى المحال عليه أى البائع حقه فى الاحتجاج بجميع الدفوع الناشئة عن علاقته بشركة التأجير التمويلى [٢] . ولقد تبين لنا من خلال تحليل ما سبق من محاولات تفسير رجوع المستفيد على البائع أن القضاء والفقه يؤكدان وجوب ترتيب مجمل هذه الآثـار .

٣٤٤ - ومع ذلك اثير الجدل حول مدى توافر الاجراء المنصوص عليه فى المادة ١٦٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى والذى بموجبه تصير حوالة الحق نافذة فى مواجهة المدين أى البائع [٣] . وقيل فى هذا الصدد بعدم جلاء اتخاذ ذلك الاجراء ومواراته خلف مفاوضات البائع والمستفيد وطلب التعاقد المرسل من شركة التأجير التمويلى إلى البائع [٤] .

لكن وقائع عدة تشير إلى علم البائع بالحوالة : فقد ينبىء المستفيد البائع اثناء المفاوضات برجوعه عليه بصفة شخصية بالضمان ، ويتضمن طلب التعاقد الصادر عن

---

(١) GOYET, op. cit., p. 63 No 112.

(٢) CARBONNIER, op. cit., p. 495. MAZEAUD et CHABAS, op. cit., p. 1259 No 1270. STARCK, op. cit., p. 703 No 2338, 2339.

(٣) حول أحكام المادة المشار إليها أنظر : LARROUMET, op. cit., p. 68 et s.

(٤) TEYSSIE, op. cit., p. 256 No 516.

شركة التأجير التمويلى ما يفيد رجوع المستفيد المباشر ، وقد يؤكد له المستفيد هذا المعنى عند استلامه الأصل . وجدير بالاشارة إلى أنه لا يشترط فى قبول المدين للحوالة شكل خاص ويكفى فى هذا الصدد أن يكون علمه بالحوالة يقينياً ونافياً للجهالة لكى يعتبر قد قبل ولو ضمنا بها [1] .

وجدير بالاشارة إلى ان عدم نفاذ حوالة الحق فى مواجهة البائع لا يمس حقوق شركة التأجير التمويلى ، ولا يمكن معه القول بزوال شرط اعفاء الشركة من التزامها بالضمان . ذلك ان المادة ١٦٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى لا تفرض التزاماً على عاتق المحيل بإعلان المحال عليه بالحوالة ، وانمل تكتفى بالنص على ان الحوالة لا تكون نافذة فى مواجهته مالم يتم اعلانه بها أو يكون قد قبلها . ويستطيع المستفيد القيام باعلان البائع إذا كان حريصاً على رجوعه عليه بالضمان ، ولا يمكنه الرجوع على شركة التأجير التمويلى بحجة عدم نفاذ الحوالة فى مواجهة البائع .

لكن الشركة الممولة تظل مسئولة عن افعالها الشخصية ولو اشترط عدم الضمان. ويترتب على ذلك ان المستفيد يمكنه الرجوع عليها بالمسئولية إذا ما واجهه البائع بالدفع بعدم التنفيذ لعدم قيام الشركة بدفع الثمن . ويلاحظ ان الغرض المتقدم يتسم بالطابع الجدلى لأن شركة التأجير التمويلى تتعهد بدفع الثمن فور تلقيها محضر استلام الأصل والإيصال النهائى بالثمن .

٣٤٥ - ويتضح من كل ما تقدم ان فكرة حوالة الحق هى اقرب الفكر إلى التعبير عن مقصود الاطراف من تنظيم رجوع المستفيد على البائع بالضمان ، ويترتب عليها من الآثار ما يتفق وهذا التنظيم الاتفاقى للرجوع .

ومع ذلك يؤخذ على فكرة حوالة الحق كأساس لرجوع المستفيد على البائع بالضمان ان الحوالة تتقرر من قبل نشأة الحق المحال . فالحوالة يتضمنها عقد التأجير التمويلى وهو اسبق فى التكوين من ابرام عقد البيع مصدر حق شركة التأجير التمويلى

---

(١) LARROUMET, op. cit., p. 85.

فى الضمان . فقبول الشركة للبيع لا يكون الا فى اعقاب ابرام عقد التأجير التمويلى [1] ، مما يترتب عليه ان الشركة تحيل حقاً لم ينشأ بعد . ويتنافى ذلك مع التزام المحيل بضمان وجود الحق وقت الحوالة [2] ، حيث تعتبر حوالة حق الشركة فى ضمان البائع حوالة بعوض ويتمثل مقابل الحوالة فى اعفاء الشركة من التزامها بالضمان بوصفها مؤجرة .

وفى تقديرنا ان خصوصية التأجير التمويلى قد تبرر التجاوز عن هذه الملاحظة الفنية ، ولكن ما من شك فى اعتبار ذلك خرقاً لمفهوم حوالة الحق من أجل ترتيب آثارها [3] .

تاسعاً : الاشتراط لمصلحة الغير :

٣٤٦ - فى أول تعليق له على حكم قضائى يفصل فى جواز رجوع المستفيد على البائع بالضمان اشار الفقيه الفرنسى LELOUP إلى ان هذا الرجوع يستند إلى اشتراط لمصلحة الغير [4] ، ثم تناول فكرته بالتحليل فى مقال له خصصه لهذه المسألة [5] . وطبقاً لما ذهب اليه هذا الفقيه تشترط شركة التأجير التمويلى على البائع تعهده بتنفيذ التزامه بالضمان لمصلحة المستفيد . واذ يعرف الاشتراط لمصلحة الغير بأنه تعاقد شخصى باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير [6] ، يتضح مدى توافق هذا

(١) BEY: De la symbiotique..., op. cit. p. 146. BAKOUKA, op. cit., p. 135.

(٢) CARBONNIER, op. cit., p. 536. MAZEAUD et CHABAS, op. cit., p. 1261. No 1273. STARK, op. cit., 704. No 2343.

(٣) ففى واقع الأمر لا يتم ابرام عقد البيع الا من أجل تأجير المبيع إلى المستفيد ، وعند ابرام عقد التأجير التمويلى يكون البائع فى حالة إيجاب ملزم على اثر تفاوضه مع المستفيد والذى من خلاله تم الاتفاق على شروط البيع ومنها ما يتعلق بالتزام البائع بالضمان . اما فيما يتعلق بضمان وجود الحق يلاحظ ان سريان عقد التأجير التمويلى بما يتضمنه من حوالة حق يتوقف على ابرام عقد البيع، ففى كل الأحوال لا يستطيع المستفيد الرجوع على شركة التأجير التمويلى بضمان وجود الحق .

(٤) LELOUP: note sous Tribunal de commerce de Vervins, 18 avril 1967, JCP 1967 II 15 291.

(٥) LELOUP: Le recours du locataire contre le vendeur en matiére de crédit-bail (leasing), JCP 1968 CI 83102.

(٦) MAZEAUD et CHABAS, op. cit., p. 876 no 769.

النظام والاهداف التى يرمى الاطراف إلى تحقيقها : فمن جانب يتقرر للمستفيد حق شخصى ومباشر فى الرجوع على البائع ويحق له الاستئثار بما تم انقاصه من الثمن وبالتعويضات التى يحكم بها على البائع . ومن جانب آخر لا يستطيع طلب فسخ عقد البيع لأنه أجنبى عن ذلك العقد الذى تضمن الاشتراط [١] .

وعلى ذلك يكون الأصل هو حرمان المستفيد من إعمال دعوى رد المبيع لاعتبارها فى الفقه والقضاء الفرنسيين من قبيل دعوى فسخ البيع ، لذلك يتجه انصار الاشتراط لمصلحة الغير الى امكانية تكملته بتوكيل المستفيد فى طلب فسخ البيع إذا ما سمحت شركة التأجير التمويلى للمستفيد بإعمال دعوى رد المبيع [٢] . وقد رأينا من قبل ان مؤدى تأسيس رجوع المستفيد على البائع على فكرة الوكالة اضافة كافة الآثار الناشئة عن الدعوى إلى ذمة الشركة الممولة فتستأثر بثمن المبيع الذى يلتزم البائع برده .

٣٤٧ - اذا سلمنا بأن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير تتفق ومقصود الأطراف فإن تأسيس رجوع المستفيد يكون بقصد ترتيب ما ينشأ عنها من آثار ، لكن الأمر لا يعنى بالضرورة ان تكييف الشرط الذى بمقتضاه تقوم شركة التأجير التمويلى بنقل حقوقها فى ضمان البائع إلى المستفيد على أنه اشتراط لمصلحة الغير يأتى بالاتساق مع المقتضيات الفنية لهذا النظام من نظم القانون الخاص ، فضلاً عن ضرورة التساؤل عن

---

(١) LELOUP: JCP 1967 II 15291, note précitée. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 65. CABRILLAC, op. cit., No 46. PARLEANI, op. cit., p. 712 No 27.HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 245 No 25. DIEBLOT, op. cit., p. 75.

(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 95. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 66-67. CABRILLAC, op. cit., No 47. PARLEANI, op. cit., p. 712.No 27. OUERDRAOGO, op. Cit., p. 289. APPERCE, op. cit., No 36. DIEBLOT, op. cit., p. 75. GAVALDA, op. cit., No 110. PENFORNIS et GUYENOT, op. cit., p. 14.

مدى اتفاقه مع البناء القانونى لعملية التأجير التمويلى ثلاثية الأطراف .

ولاشك ان هناك من الشواهد ما يدل على توافر المقتضيات الفنية للاشتراط لمصلحة الغير فى التنظيم الاتفاقى لرجوع المستفيد على البائع بالضمان . ذلك أنه يشترط أولاً ان تكون للمشترط مصلحة فى الاشتراط [1] ، ولا يخفى ما يكون لشركة التأجير التمويلى من مصلحة فى تمكين المستفيد من الرجوع على البائع ليقر القضاء بصحة شرط اعفائها من كل التزام بالضمان . ومن جانب آخر ينشأ الاشتراط لمصلحة الغير عن اتفاق يعقد بين المشترط والمتعهد مما يفترض معه وجود علاقة قانونية بينهما يتجاوزها الاشتراط لتقرير حق للمنتفع دون ان يلزم بالضرورة ان يكون الاشتراط سبباً لنشوء تلك العلاقة القانونية [2] . وهو ما يكون متحققاً فى عملية التأجير التمويلى حيث تنشأ علاقة قانونية عن عقد البيع المبرم بين البائع والشركة الممولة والتى تستهدف منها الشركة تملك الأصل المبيع . ويضاف إلى العقد الاشتراط لمصلحة الغير دون أى يكون السبب الدافع إلى ابرامه .

وباعتبار المستفيد اجنبياً عن عقد البيع فإنه لا يستطيع طلب فسخه ، والا ترتب على ذلك زوال العقد بما يتضمنه من اشتراط فيزول بالتالى السند القانونى لطلب المستفيد للفسخ [3] . الا أنه بمقتضى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير يستطيع البائع الاحتجاج فى مواجهة المستفيد بكافة الدفوع الناشئة عن علاقته بشركة التأجير التمويلى ، أى الدفوع الناشئة عن عقد البيع [4] . ولقد رأينا من قبل مدى حرص القضاء الفرنسى على ترتيب الأثرين المشار إليهما : حرمان المستفيد من طلب فسخ البيع وعدم جواز حرمان البائع من الاحتجاج بالدفوع .

ولكن باعتبار الاشتراط لمصلحة الغير عقداً يبرم بين المشترط والمتعهد يشير

---

(١) LARROUMET, op. cit., p. 340.

(٢) LARROUMET, op. cit., p. 349.

(٣) CABRILLAC, op. cit., No 46.

(٤) LELOUP: Le recours..., op. cit.,

الفقه إلى تضمين طلب التعاقد الذى ترسله شركة التأجير التمويلى إلى البائع للاشتراط [1] . واذ يعد طلب التعاقد قبولاً من الشركة للبيع الذى بموجبه ينعقد العقد فلا يمكن التثبت على وجه اليقين بقبول البائع للاشتراط . والأمر هنا يختلف عن فرض حوالة الحق اذ فى حالة الحوالة يكون التأشير برجوع المستفيد على البائع بالضمان لازماً لنفاذها فى مواجهة البائع ، دون ان يمس ذلك نشأة الحوالة ذاتها ، فى حين أنه يلزم قبول البائع للاشتراط لمصلحة المستفيد لانعقاده . ومع ذلك يمكن اعتبار طلب التعاقد بمثابة إيجاب جديد يتوافر قبول البائع له بتنفيذ البيع تنفيذاً اختيارياً ، وذلك بتسليمه المبيع وتحرير الايصال النهائى بالثمن . ولكن التخريج المتقدم لا يتفق مع ما تتجه إليه إرادة الأطراف ، ذلك ان سريان عقد التأجير التمويلى بما يتضمنه من وكالة اصلية ووكالة تبعية يتوقف على ابرام عقد البيع ويفترض تنفيذ الوكالتين اذن ابرام عقد البيع بمجرد ارسال الشركة الممولة طلب التعاقد إلى البائع ، وبالتالى لا يستقيم القول بتنفيذ الوكالتين بالرغم من ارجاء تكوين عقد البيع إلى تسليم المبيع .

ويلاحظ من جانب آخر ان عقد التأجير التمويلى يتضمن شرط رجوع المستفيد على البائع بالضمان ، أى أن قبول المستفيد للاشتراط يكون سابقاً على نشأته [2] . وقيل فى تفسير هذه الظاهرة بأن عقد التأجير التمويلى يتضمن تعهداً عن البائع أو التزاماً بعمل أو وعدا بالاشتراط [3] ، ولكن لا يخفى ما فى هذه المحاولة لفسير سبق قبول المستفيد للاشتراط على نشأته من طابع اصطناعى . ومع ذلك يعتبر

(١) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 122. CAPORALE, op. cit., p. 171.BAKOUKA, op. cit., p. 133. DIEBLOT, op. cit., p. 75.

(٢) BEY: De la synbiotique..., op. cit., 146. BAKOUKA, op. cit., p. 135.

(٣) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 146.

قبول المستفيد للاشتراط عنصراً جوهرياً لأنه يجعل الاشتراط غير قابل للنقض [1] . فإن كان قبول المستفيد له متوافر حتى من قبل نشأته كيف يمكن تفسير الشرط الذى يتضمنه عقد التأجير التمويلى والذى بمقتضاه يحق لشركة التأجير التمويلى مطالبة المستفيد بالنزول عن دعاوى الضمان المقررة له . ولا يمكن والحال هذه القول بانتفاء مصلحة شركة التأجير التمويلى فى نقض الاشتراط [2] . ولئن كانت الشركة فى نظرنا تهدف من وراء هذا الشرط إلى فرض هيمنتها على إعمال المستفيد دعوى رد المبيع ، وهو ما لا يكون مقرراً له بموجب الاشتراط لمصلحة الغير ، الا أن الشرط المتقدم قد يرد بصيغة مطلقة تجعله يمتد إلى كل من دعوى انقاص الثمن ودعوى التعويض .

٣٤٨ – ومن هنا يتضح مدى المغالاة فيما يذهب إليه الفقه من ان الاشتراط لمصلحة الغير هو اصدق القوالب تعبيراً عن آلية رجوع المستفيد على البائع بالضمان على ضوء ما ينبغى الأطراف تحقيقه [3] ، وأنه لشاهد على مدى ملائمة فنياته لأحدث وسائل التمويل أى التأجير التمويلى [4] . ففضلاً عن عدم اتساق بعض الجوانب الفنية للاشتراط لمصلحة الغير مع البناء القانونى لعملية التأجير التمويلى ، يلاحظ أنه لم يسمح باستبعاد حق المستفيد فى إعمال دعوى رد المبيع الا بسبب ما يذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسيان من اعتبار هذه الدعوى من قبيل دعوى فسخ البيع ، وهو ما نراه محل نظر لأن الفسخ جزاء للاخلال بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد ملزم للجانبين فى حين ان رد المبيع هو احد صور تنفيذ البائع لالتزامه بضمان

---

(١) MAZEAUD et CHABAS, op. cit., p. 895 No 796.

(٢) HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 244 No 24.

(٣) LELOUP: JCP 1967 II 15291, note précitée. CABRILLAC, op. cit., No 46.HARICHAUX-RAMU, op, cit.,p. 247 No 288.

(٤) LELOUP: Le recours..., op. cit.

العيوب الخفيـة [١] .

ومع ذلك لا يخفى ما فى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كما قال بها الفقه الفرنسى من أهمية بالنسبة إلى المستفيد ، ذلك ان عقد البيع هو الذى يتضمنها وبالتالى يبقى رجوع المستفيد على البائع قائماً بالرغم من فسخ عقد التأجير التمويلى . اما إذا قبل بأن رجوع المستفيد على البائع بالضمان يستند إلى هذا العقد الأخير فبفسخه بزوال السبب القانونى لهذا الرجوع [٢] .

والانتقاد الجوهرى الذى يمكن توجيهه إلى تأسيس رجوع المستفيد بالضمان على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير انها لا تعد وسيلة لنقل الحقوق . فبموجب الاشتراط ينشأ للمنتفع حق شخصى ومباشر تجاه المتعهد لم يتقرر من قبل فى ذمة المشترط [٣] ، وبالتالى ليس فى وسع الارادات الخاصة تحوير الاشتراط لمصلحة الغير إلى وسيلة لنقل حق كان مقرراً للمشترط إلى المنتفع [٤] . وتطبيقاً لذلك على التأجير التمويلى تنشىء الشركة الممولة حقاً للمستفيد فى الرجوع المباشر على البائع بالضمان. ولا بأس من ذلك من حيث المبدأ اذ يمكن القول بأن الشركة تنشىء الحق فى مقابل اعفائها من الالتزام بالضمان بدلاً من القول بأنها تنقل إلى المستفيد ما تتمتع به من حقوق تجاه البائع . الا أن الأمر يدق فى حالة نزول المستفيد عن حقه فى

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الرابع : العقود الناقلة للملكية ، المجلد الأول : البيع والمقايضة ، دار احياء التراث العربى ، بيروت ، ١٩٦٢ ، ص ٩٣٧ وما بعدها .

(٢) انظر فى القول بزوال حق المستفيد فى الرجع على البائع لإنقضاء الوكالة الصادرة عن الشركة الممولة إلى المستفيد بمجردفسخ عقد التأجير التمويلى ، أى دون حاجة الى عزل المستفيد :
Cassation civile, 1° chambre, 23 juin 1992, JCP. 1992 IV 2455.

(٣) MAZEAUD et CHABAS, op. cit., p. 893 No 789. STARCK, op. cit., p. 592 No 2009.

(٤) LARROUMET, op. cit., 360. ويشير الفقيه الفرنسى إلى أن جوهر الاختلاف بين الاشتراط لمصلحة الغير وحوالة الحق يكمن فى أن حق المنتفع يوجد لأول مرة فى شخصه فى حين ان حق المحال له هو ذلك الحق الذى كان مقرراً للمحيل قبل الحوالة .

الرجوع ومباشرة الشركة لهذا الرجوع بنفسها . فطبقاً لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير لا يترتب على نقض الاشتراط ان تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، بل ان لهذا الأخير الاستئثار لفسه بالإنتفاع من المشارطة . ومع ذلك فإنه طبقاً لذات الأحكام لا يكون للمشترط الحق فى نقض الاشتراط إذا أعلن المنتفع إلى أى من المتعهد أو المشترط رغبته فى الاستفادة منه . وفى هذه الحالة يثور التساؤل عن مدى نفاذ نقض الاشتراط فى مواجهة البائع ومدى إمكانية امتناعه عن تنفيذ التزامه بالضمان تجاه المستفيد، خاصة ان البائع اجنبى عن عقد التأجير التمويلى وبالتالى لا يكون ملتزماً بشرط نزول المستفيد عن دعواه بناء على طلب الشركة الممولة . وفى حقيقة الأمر يتسق ترتيب هذا الأثر تجاه البائع وقيام الشركة بنقل حقوقها فى الضمان إلى المستفيد ، لأنه يكفى نقض الاتفاق على نقل تلك الحقوق ، ايا كان تكييفه القانونى، لكى يزول التزام البائع بالضمان تجاه المستفيد وتنحصر العلاقة مرة اخرى بين البائع وشركة التأجير التمويلى . اما القول بانشاء حق للمستفيد فى ضمان البائع تأسيساً على اشتراط لمصلحته فمن شأنه القضاء على فعالية شرط نزول المستفيد عن دعواه بناء على طلب شركة التأجير التمويلى ، وهو ما يناقض مقصود طرفى عقد التأجير التمويلى .

٣٤٩ – ونشير اخيراً إلى ما اكتنف محاكم الموضوع فى فرنسا من اختلاف حول تأسيس رجوع المستفيد على البائع بالضمان على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير بين مؤيد [١] ومعارض [٢] . وقد بنى اعتراض الفريق الثانى من المحاكم على ملاحظة مبدئية تتمثل فى جهل البائع بشروط عقد التزجير التمويلى وبالتالى استحالة قبوله

---

(١) Cour d' appel d' Agen, 15 janvier 1969. Revue de Jurisprudence Commerciale, 1973, p. 35. Tribunal de commerce de Toulouse, 2 décembre 1971. Revue de Jurisprudence Commerciale, 1972, p. 82.

(٢) Tribunal de commerce de Paris, 4° chambre, 19 mai 1970, JCP 1971 II 16766, note LELOUP.

التعهد بتنفيذ التزامه بالضمان لمصلحة المستفيد . وقد رأينا ان الفقه حاول رد هذا القضاء بقوله ان الاشتراط لمصلحة المستفيد انما يتضمنه طلب التعاقد الذى ترسله شركة التأجير التمويلى إلى البائع مما يفيد قبول البائع له .

ولقد انتصرت محكمة النقض الفرنسية لتأسيس رجوع المستفيد بالضمان على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير [١] . وبذلك اسدل الستار على الجدال الفقهى والقضائى حول تكييف الآلية القانونية التى يتحقق بمقتضاها رجوع المستفيد على البائع بالضمان .

٣٥٠ – على ضوء العرض المتقدم يمكن ايجاز موقف الفقه والقضاء الغالبين من التنظيم الإتفاقى لضمان العيوب الخفية فى النقاط الخمسة الآتية :

١ – يكون شرط اعفاء شركة التأجير التمويلى من التزامها بضمان المؤجر صحيحاً إذا مكنت المستفيد من الرجوع على البائع بالضمان .

٢ – يتعين ان يكون للمستفيد حق شخصى فى إعمال دعوى انقاص الثمن أو مطالبة البائع بالتعويض ان كان له مقتض .

٣ – لا يجوز للمستفيد إعمال دعوى رد المبيع بموجب حق شخصى لأنها باعتبارها من دعاوى فسخ عقد البيع لا تتقرر الا لشركة التأجير التمويلى بوصفها الطرف المتعاقد مع البائع .

٤ – وفى أفضل الأحوال يجوز للمستفيد تمثيل شركة التأجير التمويلى فى رفع دعوى رد المبيع ، وذلك بموجب وكالة تصدر له عن الشركة . وان كان لا يجوز بحسب الأصل عزل المستفيد عن الوكالة إلا أنه يمكن بنص صريح فى العقد الزام المسفيد بعدم المضى فى الدعوى .

٥ – وفى كل الأحوال يكون شرط نزول المستفيد عن دعاواه المرفوعة على

---

(١) Cassation commerciale, 15 janvier 1985, Dalloz 1986, Sommaires n° 32, p. 232.

البائع بناء على طلب شركة التأجير التمويلى ودون اعتراض من المستفيد صحيحاً .

ولذلك كان تأسيس رجوع المستفيد على البائع على اشتراط لمصلحته يضاف إليه توكيل فى رفع دعوى رد المبيع أكثر الاتجاهات رواجاً فى الفقه الفرنسى والذى استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية .

ويترتب على ذلك استحقاق المستفيد لذلك الجزء من الثمن الذى تم انقاصه والتعويض المحكوم به على البائع ، مع استمرار عقد التأجير التمويلى فى ترتيب آثاره واهمها التزام المستفيد بدفع اقساط الأجرة . لكن فى حالة إعمال دعوى رد المبيع يسترد البائع الأصل بينما تسترد شركة التأجير التمويلى الثمن لأن المستفيد يرفع هذه الدعوى باسم ولحساب تلك الأخيرة . فإذا اخذنا فى اعتبارنا ما استقرت عليه الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية من عدم فسخ عقد التأجير التمويلى نتيجة لفسخ عقد البيع ، لا استناداً لنظرية مخاطر العقد حيث لا ترقى إلى مصاف النظرية العامة ، ولا استنادا إلى المادة ١١٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى لإمتناع المستفيد عن الرجوع على شركة التأجير التمويلى بموجب نصوص العقد ، فانه يترتب على ذلك مضى المستفيد فى دفع أقساط الأجرة رغم انقطاع استعماله للأصل واسترداد شركة التأجير التمويلى للثمن .

٣٥١ - بقى لنا ان نشير ان تلك المخاوف التى اثيرت بشأن إعمال المستفيد دعوى رد المبيع انما تثور بغض النظر عن طبيعة المبيع أى سواء كان منقولاً أو عقاراً . ولكن الفرض فى هذه الحالة الأخيرة ان يكون البائع ملتزماً بالضمان طبقاً لأحكام ضمان البائع وليس طبقاً لأحكام ضمان المقاول . ذلك ان هذه الأحكام الأخيرة لا تخول المستفيد حق رد العقار إلى المقاول أو من فى حكمه . لذلك فإن اشتراط شركة التأجير التمويلى لمصلحة المستفيد يشمل جميع الحقوق المقررة لرب العمل ولا نصادف فى عقود التأجير التمويلى العقارى أى تحجيم لحقوق المستفيد فى هذا الصدد .

وما يصدق على رجوع المستفيد على بائع العقار الملتزم بالضمان طبقاً لأحكام ضمان المقاول يصدق على رجوع المستفيد على المقاول بواسطة شركة التأجير التمويلي ، أي في الفرض الذي يتعاقد فيه المستفيد مع المقاول بوصفه وكيلاً عن الشركة في الاشراف الفني على أعمال البناء [1] . ولكن يلاحظ في هذا الصدد ان المستفيد هو الذي يتولى الاتفاق مع المقاول ويحسن به التأكيد على حقه في الرجوع المباشر عليه على نحو يسمح له بإعمال جميع الحقوق المقررة لرب العمل . ولن يفيد المستفيد اغفاله النص على رجوعه المباشر على المقاول ليدعي الرجوع بالضمان على شركة التأجير التمويلي التي لم تمكنه من الرجوع على المقاول ، ذلك ان «خطأ» الشركة يستغرقه خطأ المستفيد في تنفيذ وكالته .

٢ - رجوع المستفيد المباشر بالضمان :

٣٥٢ - لا يكون رجوع المستفيد بالضمان مباشرا اى دون حاجة إلى تدخل من شركة التأجير التمويلي الا في فرض واحد هو تعاقد المستفيد مع مقاول انشاء المباني باسمه الشخصي ، ويكون ذلك إذا ما كان المستفيد في مركز المقاول في علاقته بشركة التأجير التمويلي فيما يتعلق بالاشراف الفني على اعمال البناء .

والأصل كما رأينا ان لرب العمل الرجوع على المقاول بضمان تمام البناء او ضمان جودة التشغيل أو المسئولية العشرية . واذ تترك عقود التأجير التمويلي للمستفيد التعاقد باسمه الشخصي مع المقاول فإنها تقصد من ذلك حصر الاشكالات الناجمة عن الجوانب الفنية في العقار بين المستفيد والمقاول ، على ان يكون للمستفيد الرجوع على المقاول كما لو أن العقار تم بناؤه لحسابه الخاص ، وذلك بوصفه ربا للعمل في علاقته بالمقاولة . وبعبارة أخرى لا ينبيء التنظيم الاتفاقي لرجوع المستفيد على المقاول بالضمان عن أي اتجاه نحو تحجيم حقوق المستفيد بأقل مما يقرره القانون لرب العمل .

---

(١) CABRILLAC, op. cit., No 121.

٣٥٣ - ومع ذلك لا يمكن اغفال أنه بالرغم من تعاقد المستفيد بإسمه الشخصى مع المقاول يتم العمل لحساب شركة التأجير التمويلى . وطبقاً للاتفاق التمهيدى يشهد الاشراف على البناء واتمامه ابرام عقدين من عقود المقاولة : الأول هو ذلك الذى يتم بين شركة التأجير التمويلى - رب العمل - والمستفيد - المقاول - والثانى هو ذلك الذى يبرم بين المستفيد - رب العمل - ومقاول انشاء المبانى . ويترتب على ذلك ان العملية تتمحض فى واقع الأمر فى مقاولة أصلية ومقاولة من الباطن حيث يصير المستفيد مقاولاً أصلياً ومقاول انشاء المانى مقاولاً من الباطن [١].

وطبقاً للمادة الأولى من القانون رقم ٧٥ - ١٣٣٤ بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ الخاص بالمقاولة من الباطن [٢] ، تتمثل هذه المقاولة فى تكليف يصدر عن المقاول تحت مسئوليته إلى شخص آخر بتنفيذ كل او بعض عقد المقاولة المبرم مع رب العمل .

ويشير الفقه الفرنسى [٣] إلى ما استقر عليه القضاء [٤] من خضوع المقاول من الباطن للقواعد العامة فى المسئولية ولا يخضع للقواعد الخاصة بضمان المقاول . ومنذ صدور قانون ٣ يناير ١٩٦٧ الخاص بالمسئولية فى مجال البناء قنن المشرع الفرنسى مذهب القضاء ، وصار من المقرر تشريعياً عدم تطبيق أحكام ضمان المقاول على المقاول من الباطن . ذلك أن هذه الأحكام تستهدف حماية رب العمل فى مواجهة المقاول حيث تقوم العلاقة بين احد محترفى أعمال البناء ومستهلك الخدمة الذى لا يكون فى الغالب على دراية بالجوانب الفنية لأعمال البناء ، بينما تنشأ علاقة المقاولة من الباطن فى الغالب بين اثنين من محترفى أعمال البناء فليس هناك بالتالى ما يبرر

(١) CABRILLAC, op. cit., No 121.

(٢) Journal Officiel, 3 janvier 1976. Dalloz 1976 Législation 64.

(٣) MAZEAUD: Contrat d' entreprise, op. cit., No 144.

(٤) Cassation civile, 8 juillet 1971, Bulletin Civil, 1971, IV, No 450.

اضفاء حماية خاصة على المقاول الأصلي [1] . ولم يأت قانون ٤ يناير ١٩٧٨ الذى هل محل قانون ٣ يناير ١٩٦٧ بجديد ولا يزال المقاول من الباطن بمنأى عن الخضوع لأحكام ضمان المقول [2] .

وتطبيقاً لذلك على التأجير التمويلى نجد أنه لا يحق للمستفيد الرجوع على المقاول بضمان تمام البناء أو ضمان جودة التشغيل أو المسئولية العشرية لأن شركة التأجير التمويلى جعلته فى مركز المقاول ، وذلك حتى ينتج عن اعتباره ملزماً بالاشراف الفنى على أعمال البناء تحمله كافة المسئوليات الناشئة عن تلك الأعمال فى مواجهة الشركة الممولة . ويتأكد بذلك اعفاء الشركة من كل مسئولية ناجمة عن بناء العقار .

٣٥٤ - وازاء الوضع المتقدم يثور التساؤل عن مدى جواز اعتداد القضاء بخصوصيته التأجير التمويلى واعتبار المستفيد ربا للعمل فى علاقته بالمقاول بغض النظر عن ادراجها فى اطار من المقاولة من الباطن . فما لا شك فيه ان الحكمة من عدم خضوع المقاول لأحكام ضمان المقاول لا تتوافر فى حالة ابرام العقد تنفيذاً للاتفاق التمهيدى اذ لا يعدو المستفيد مستهلكاً لخدمة المقاول وليس من محترفى أعمال البناء .

ويصعب القول بالزام القضاء بالسير على هذا النهج نظرا لصالح المقاول فى الاحتجاج بالمقاولة من الباطن : فمن جانب تقرر له المادة ١٢ فقرة أولى من قانون ٣١

---

(١) GAVALDA: note sous Cour d' appel de Lyon, 27 mai 1978, Dalloz 1978, jurisprudence 343.

(٢) وجدير بالاشارة إلى ان المادة ١٧٩٢ - ١ من التقنين المدنى الفرنسى المضافة بقانون ٤ يناير ١٩٧٨ فى تعريفها للمقاول من أجل تحديد نطاق تطبيق أحكام ضمان المقاول تستبعد المقاول من الباطن من نطاق تطبيق هذه الأحكام ، ذللك ان المقاول هو الذى يرتبط برب العمل بموجب عقد مقاولة . اما المقاول من الباطن فلا يرتبط تعاقدياً برب العمل رتعتبر العلاقة الناشئة بينه وبين المقاول الأصلى متميزة ومستقلة عن تلك العلاقة الناشئة بين المقاول الأصلى ورب العمل :
Cassation civile, 3° chambre, 2 novembre 1983, Dalloz 1984, IR 102.

ديسمبر ١٩٧٥ دعوى مباشرة فى الرجوع على رب العمل بما يكون مستحقاً له من اجر وفى حدود ما يكون رب العمل ملتزماً به تجاه المقاول الأصلى [١] . ولقد رأينا من قبل أن الاتفاق التمهيدى يقضى باداء شركة التأجير التمويلى أجر المقاول مباشرة إليه حيث يقع على عاتقها الالتزام بتمويل تكلفة البناء . الا أن الاتفاق التمهيدى يبرم غالباً بين الشركة والمستفيد وكثيراً ما يكون المقاول اجنبياً عنه ، ويترتب على ذلك ان المقاول لا يأمن رجوعه المباشر على الشركة الا استناداً إلى المادة ١٢ المشار إليها وما تقرره له من دعوى مباشرة . ولا يخفى ما لهذه الدعوى المباشرة من أهمية اذ يتفادى بها المقاول مخاطر افلاس المقاول الأصلى أى المستفيد [٢] ، وهو الملتزم أصلاً من الوجهة القانونية بدفع الأجر إلى المقاول .

ومن جانب آخر لا يمكن للقضاء افتراض قبول قرينة المسئولية التى تفرضها أحكام المسئولية العشرية فى حين أن أحكام المقاولة من الباطن تشترط إقامة الدليل على عناصر المسئولية تطبيقاً للقواعد العامة . ولا يمكن كذلك الاعتداد بنفاذ الاتفاق التمهيدى على المقاول لاستخلاص قبول المقاول قرينة المسئولية اذ لا يعدو الاتفاق المشار إليه سوى تنظيم لمهام الاطراف الثلاثة دونما اشارة إلى أحكام خاصة بمسئولية المقاول .

---

(١) حول أحكام الدعوى المباشرة المقررة للمقاول من الباطن فى مواجهة رب العمل ، أنظرا : MAZEAUD, op. cit., No 154 et s. BENABENT: note sous cassation civile, 3° chambre, 11 octobre 1983, Dalloz 1984, jurisprudence 153. BENABENT: note sous Cour d' appel de Colmar, 12 mai 1978, Dalloz 1978, jurisprudence 633. GAVALDA : note précitée sous Cour d' appel de Lyon, 27 mai 1978.

(٢) ويلاحظ أنه على ضوء أحكام الدعوى المباشرة لن يعترض المقاول صعوبة تذكر فى الرجوع على شركة التأجير التمويلى . فطبقاً للمادة الثالثة فقرة ثانية من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ لا يجوز للمقاول من الباطن إعمال الدعوى المباشرة مالم يكن رب العمل قد اجاز للمقاول الأصلى اللجوء إلى مقاول من الباطن وقبوله هذا المقاول ، وهو ما يكون متحققاً طبقاً لما تقضى به شروط الاتفاق التمهيدى . بل ان المادة الثالثة فقرة أولى من قانون ١٩٧٥ تلزم المقاول الأصلى بالحصول على موافقة رب العمل على التعاقد مع كل مقاول من الباطن وقبوله المقاول الذى يتم التعاقد معه .

ولا يمكن على وجه الخصوص افتراض ان رجوع المستفيد على المقاول يكون طبقاً لأحكام ضمان المقاول التى تتضمنها المواد ١٧٩٢ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى ، وانما يجب الاتفاق صراحة على ذلك فى عقد المقاولة المبرم بين المستفيد والمقاول . فقد لا يعنى المقاول ان يكون ملتزماً بالضمان تجاه المستفيد أو شركة التأجير التمويلى طالما ظل نطاق التزامه واحداً فى أى من الفرضين . لذلك يجب على المستفيد التحوط لمصالحه واشتراط التزام المقاول طبقاً لأحكام ضمان المقاول وبغض النظر عن بناء العقار لحساب شركة التأجير التمويلى . ويمكن ورود مثل هذا الاتفاق الصريح فى الاتفاق التمهيدى في الفروض التى يوقعه فيها الأطراف الثلاثة ، حيث يكون الاتفاق فى مثل هذه الفروض نافذاً فى مواجهة المقاول .

خلاصة القول اذن أنه حتى فى الفرض الأوحد الذى يتقرر للمستفيد رجوع مباشر على المقاول بالضمان تتأثر حقوق المستفيد سلباً نظراً لادراج عقد المقاولة المبرم بينه وبين المقاول فى اطار من المقاولة من الباطن .

الفرع الثالث

التزام الشركة بنقل ملكية الأصل إلى المستفيد

٣٥٥ - رأينا من قبل ان تمكين المستفيد من تملك الأصل المؤجر فى نهاية مدة الايجار يعد ركنا جوهرياً فى عقد التأجير التمويلى الخاضع لأحكام قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ [١] . ويترتب على ذلك أن تكون شركة التأجير التمويلى ملزمة بنقل ملكية الأصل إلى المستفيد فى نهاية مدة الايجار .

ويبرز نقل الملكية كإلتزام متميز يشغل ذمة الشركة الممولة فى أغلب فروض التأجير التمويلى : ففى تأجير المنقولات تأجيراً تمويلياً أو فى تأجير العقار المشترى أو

---

(١) Cour d' appel de Bordeaux, 28 novembre 1967, Gazette du Palais, 1968, 1, 233.

المبنى على أرض تملكتها شركة التأجير التمويلى يقع على عاتق هذه الأخيرة التزام بنقل ملكية المنقول أو العقار إلى المستفيد .

لكن فى فرض بناء العقار على ارض مملوكة للمستفيد أو فى حالة اللجوء إلى تأسيس الشركة المدنية العقارية لا يتحقق انتقال ملكية العقار إلى المستفيد تنفيذاً لالتزام يشغل ذمة شركة التأجير التمويلى ، وانما يتحقق ذلك اعمالاً لقواعد الالتصاق العقارى أو قواعد تصفية الشركات . ويلاحظ أنه فى هذا الفرض الأخير تكون الشركة ملزمة بالنزول عن ملكية الحصص التى تملكها فى الشركة المدنية العقارية إلى المستفيد .

٣٥٦ - وفى الفروض الغالبة أى تلك التى تنتقل فيها الملكية إلى المستفيد تنفيذاً لالتزام يشغل ذمة شركة التأجير التمويلى يراعى ان الالتزام لا يكون الا على الشركة الممولة بينما يحق للمستفيد إعمال خياره بالتملك أو طلب مد الايجار أو رد الأصل المؤجر إلى الشركة . ويترتب على ذلك أنه متى كان نقل ملكية الأصل متوقفاً على ارادة شركة التأجير التمويلى بمعنى ضرورة موافقتها على إعمال المستفيد خياره بالتملك فى نهاية مدة الايجار لا نكون بصدد عقد تأجير تمويلى فى مفهوم قانون ١٩٦٦ [١] .

ويتجه الفقه الفرنسى فى عمومه إلى تأسيس التزام شركة التأجير التمويلى بنقل ملكية الأصل إلى المستفيد على وعد منفرد بالبيع ، أى وعد يلزم الشركة دون المستفيد [٢] . ويفسر الوعد المنفرد بالبيع التزام الشركة منذ تاريخ ابرام عقد التأجير التمويلى بنقل ملكية الأصل إلى المستفيد اذا ما اعلن هذا الأخير رغبته فى تملك الأصـل .

---

(١) Cassation commerciale, 18 novembre 1987, Dalloz 1989, I. R. 190.

(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail immobilier, op. cit., 48, LE ROUYER DE LA FOSSE, op. cit., p. 4. CABRILLAC, op. cit., No 100. CALAIS- AULOY, op. cit., No 112. OUERDRAOGO, op. cit., p. 240. DE CAGNY, op. cit., novembre 1970, p. 1019.

وجدير بالاشارة ان للوعد بالبيع دورا متميزا فى اطار التأجير التمويلى . ذلك ان الوعد بالتعاقد هو فى الأصل اتفاق يمهد إلى ابرام عقد من العقود [١] ، بينما يعد الوعد بالبيع سبيلا لانقضاء عقد التأجير التمويلى يأخذه الطرفان فى الاعتبار منذ لحظة ابرام العقد بل ان المشرع الفرنسي قد فرض عليهما ذلك .

وإذا اخذنا فى الاعتبار الدور التأمينى المنوط باكتساب شركة التأجير التمويلى ملكية الأصل واحتفاظها بها طوال مدة الايجار ، فإن للملكية بالنظر إلى مصالح الشركة الممولة دور موقوت بتنفيذ المستفيد لالتزاماته الناشئة عن العقد حيث تمثل ضمانا ضد مخاطر اعسار المستفيد . واذ تنقضى مدة الايجار بتنفيذ المستفيد كامل التزاماته يسمح الوعد بالمبيع بتخلص الشركة من الضمان الذى لم يعد له اية أهمية بالنسبة لها .

٣٥٧ - لذلك تسعى شركات التأجير التمويلى إلى قصر مصلحة المستفيد فى إعمال خيار تملك الأصل [٢] . فثمن التملك الذى يمثل القيمة المحاسبية المتبقية للأصل يقل كثيراً عن قيمته السوقية وقت تملك المستفيد له ، مما يحثه على إعمال خياره بالتملك مالم يصادف الأصل معدل اضمحلال اقتصادى حاد يجعله يعزف عن تملكه . وفى المواد العقارية يوازى ثمن التملك فرنكاً واحداً رمزياً ، وتكون قيمة الأرض المرتفعة كافية لحسم قرار المستفيد بتملك العقار [٣] . وفى ظل هذه الأوضاع يميل المستفيد حتماً نحو تملك الأصل خاصة اذا اخذ فى الاعتبار الاعباء المالية الثقيلة التى تكبدها طوال مدة الايجار [٤] .

---

(١) فبمقتضى الوعد بالتعاقد يحق لأى من الطرفين مطالبة الآخر بابرام العقد النهائى :
BOYER: Contrats et conventions, Ency clopédie Dalloz Civil, III, No 123.

(٢) فى هذا المعنى : CAPORALE, op. cit., p. 50.

(٣) CAPIEZ, op. cit., p. 71.

(٤) OUERDRAOGO, op. cit., p. 327.
ونظراً لما تكبده المستفيد من اعباء مالية قد يحرص على تملك الأصل للاستئثار بمقابل التصرف فيه ، أى بغض النظر عن اتجاه نيته إلى الاستمرار فى استعماله .

اذن يعبر الالتزام بنقل الملكية عن مصلحة كلا الطرفين المتعاقدين : فبه تأمن شركة التأجير التمويلى من خطر التصرف فى الأصل إلى شخص آخر غير المستفيد ، خاصة إذا ما اهلكه استعمال المستفيد له [1] . وترتكن الشركة فى تحقيق ذلك إلى ما تخلقه من أمر واقع يسلب حرية المسفيد فى عدم إعمال خياره بالتملك . اما المستفيد فبعد ان تكبد اعباء مالية باهظة مقابل تمويل الشركة للأصل يستطيع تملكه وبالتالى الاستئثار بمقابل التصرف فيه دون مزاحمة من الشركة الممولة . ولكن مخاطر التصرف فى الأصل يتحملها المستفيد وحده فى هذه الحالة .

٣٥٨ – وإذا كان الطرفان يحرصان على انتقال الملكية إلى المستفيد على هذا النحو يثور التساؤل حول جدوى تأسيس نقل المليكة استناداً إلى وعد منفرد بالبيع بدلاً من وعد ملزم للجانبين ، اذ فى هذا الفرض الأخير تضمن شركة التأجير التمويلى انتقال منكية الأصل إلى المستفيد دون ان يتوقف ذلك على ارادة هذا الأخير .

يلاحظ فى هذا الصدد أنه طبقاً للقواعد العامة فى القانون الفرنسى يعد الوعد الملزم للجانبين بالبيع بيعاً [2] . ويترتب على ذلك ان دمج الوعد الملزم للجانبين بالبيع فى عقد الايجار يجعل من الاتفاق بيعاً إيجارياً Location-vente . ويميل القضاء الفرنسى إلى تكييف البيع الايجارى بأنه بيع بالتقسيط يقترن به شرط باحتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان ، وذلك فى كل فرض يكشف فيه القضاء ان الايجار ما هو الا ساتر للبيع [3] . ويكون ذلك على وجه الخصوص إذا كان مقابل التملك بخساً بالمقارنة بثمن الشراء فى أول العقد . ونتيجة لذلك لم يكن القضاء يعترف للمؤجر بحقه فى استرداد الأصل المؤجر من تفليسة المستأجر [4] .

---

(١) MASSIN, op. cit., p. 36.

(٢) المادة ١٥٨٩ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) فى هذا المعنى : CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 12.

(٤) MASSIN, op. cit., p. 36. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 11.

وتفادياً لهذا الخطر عمدت شركات التأجير التمويلى إلى تمكين المستفيد من تملك الأصل دون الزامه بذلك . وقد وزانت بين مخاطر تكييف الوعد بالبيع بوصفه اما وعداً منفرداً او وعداً ملزماً للجانبين ورأت فى التكييف الأول ما يكون اصون لمصالحها مع التخفيف من آثاره بخلق حالة واقعية تملى على المستفيد إعمال خياره بالتملك [1] .

ويتضح من ذلك ان البنيان الإرادى للتأجير التمويلى قد شيد فى فرنسا فى وقت لم يكن النظام القانونى يعترف فى كل الأحوال بحق البائع فى الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، وكان المؤجر اسعد حالاً من هذا المنظور [2] . وبالرغم من أن المشرع الفرنسى أقر لشركات التأجير التمويلى باحتفاظها بالملكية على سبيل الضمان الا أن ذلك يتحقق من خلال تكييف العلاقة الرئيسية الناشئة بين الشركة وعميلها على أنها علاقة ايجارية ، ولم تكن شركات التأجير التمويلى لتسمح باعادة النظر فى هذه الميزة المقررة لها إذا ما الزمت المستفيد بتملك الأصل .

وفى الوقت الراهن اصبح بائع المنقول الذى يحتفظ بملكية المبيع على سبيل الضمان يتمتع بذات الحماية [3] ، بل صار فى مركز افضل من مركز شركة التأجير

---

(١) ويتضح من ذلك ان مصالح شركة التأجير التمويلى وحدها هى التى املت تأسيس التزامها بنقل ملكية الأصل إلى المستفيد على وعد منفرد بالبيع . ولم يكن الأمر من أجل ترك الحرية للمستفيد فى اتخاذ قراره بتملك الأصل من عدمه على ضوء ما تمليه عليه مصالحه . ويؤكد ذلك أنه فى كل فرض لا تخشى فيه الشركة الممولة من الزام المستفيد بالتملك يتقرر انتقال الملكية دون ارادة من المستفيد ، ويكفى فى هذا الصدد الارتكان إلى قواعد الالتصاق العقارى أو قواعد تصفية الشركات .

(٢) GOYET, op. Cit., p. 72 No 131.

(٣) ذلك أنه منذ صدور القانون رقم ٨٠ - ٣٣٥ بتاريخ ١٢ مايو ١٩٨٠ (الجريدة الرسمية الفرنسية ، ١٣٢ مايو ١٩٨٠ ، ص ١٢٠٢ ، دالوز ١٩٨٠ تشريعات ٢٠٠) المعدل للمادة ٦٥ من القانون ٦٧ - ٥٦٣ بتاريخ ١٣ يوليو ١٩٦٧ الخاص بالتسوية القضائية وتصفية الأموال فى مجال الافلاس اصبح شرط احتفاظ البائع بملكية السلع المبيعة على سبيل الضمان نافذاً فى مواجهة جماعة الدائنين . وقد تم الغاء المادة ٦٥ المشار إليها بموجب المادة ٢٩٨ من القانون رقم ٨٥ - ٩٨ بتاريخ ٢٥ يناير ١٩٨٥ الخاص بادارة المشروعات وتصفيتها القضائية (الجريدة الرسمية الفرنسية ، =

التمويلى اذ يكون الضمان الذى يتقرر له نافذاً فى مواجهة الكافة دون حاجة إلى اتخاذ أى اجراء بينما تلتزم شركة التأجير التمويلى باشهار عقد التأجير التمويلى لكى يتقرر لضمان الملكية اقصى مدى له فى النفاذ [1] .

ويلاحظ أنه لم يترتب على تقرير نفاذ شرط الاحتفاظ بملكية المبيع على سبيل الضمان انحساراً فى نشاط التأجير التمويلى للمنقولات لمنافسة البيع بالتقسيط له [2] ، وذلك لإختلاف ضوابط قبول التعاقد لدى كل من البائعين بالتقسيط وشركات التأجير التمويلى [3]. كذلك لم يؤد هذا التحديث فى قواعد البيع بشركات التأجير التمويلى إلى هجر قالب الايجار واستبدال قالب البيع به ، نظراً للمزايا العديدة المترتبة على تكييف عقد التأجير التمويلى بانه عقد إيجار وبالرغم من مصلحة شركات التأجير التمويلى فى جعل الوعد بالبيع وعدا ملزما للجانبين [4] . ولم يمنع ذلك جانب من الفقه الفرنسى من القاء الضوء على صورة أكثر حداثة للتمويل تصاغ فى قالب البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بملكية المبيع على سبيل الضمان [5] ، لكنها لم تجد رواجاً فى العمل فى فرنسا .

=٢٦ يناير ١٩٨٥ ، ص ١٠٩٧ . دالوز ١٩٨٥ تشريعات ١٤٧) الا أن مادته ١٢١ ابقت على الحكم ذاتــه .

(١) THIEFFRY et GRANIER, op. cit., p. 36.

(٢) وذلك بالرغم مما ابداه بعض الفقه من مخاوف فى اعقاب صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ انظر :
DERRUPPE: Droit commercial, op. cit., p. 280.

(٣) قــارن : CALAIS-AULOY, op. cit., No 14.

(٤) ويمكن ايجاز المزايا المترتبة على اعتبار عقد التأجير التمويلى عقد ايجار فيما يلى : اعتبار الدفعات التى يلتزم المستفيد بدفعها من قبيل الأجرة وبالتالى استبعاد القواعد الآمرة التى تهدف إلى الحد من الربا الفاحش فى مجال القرض والبيع بالتقسيط ، تمتع شركة التأجير التمويلى بميزة خصم مخصصات اهلاك الأصل من وعائها الضريبى ، الافادة من الطبيعة المكملة لقواعد الايجار وبالتالى تفادى تطبيق القواعد الآمرة التى تستهدف حماية المستهلكين فى مجال البيع ، واخيراً الحماية الجنائية المقررة للشركة المؤجرة بموجب المادة ٤٠٨ من تقنين العقوبات الفرنسى الخاصة بجريمة خيانة الأمانــة .

(٥) BEY: Un nouveau mode de financement: le parenting ? JCP 1981 I 3043.

٣٥٩ – وبالرغم مما تقدم آثار البعض الشك فى طبيعة الوعد بالبيع الذى يحتويه عقد التأجير التمويلى ، فقيل بأنه وعد ملزم للجانبين نظراً لضآلة مقابل التملك الذى يلتزم المستفيد بدفعه فى نهاية مدة الايجار (١) . ولكن يلاحظ أنه فى مجال التأجير التمويلى على وجه الخصوص لا يمكن الاعتداد بالمعيار الكمى لاعادة النظر فى تكييف الوعد المنفرد بالبيع . ذلك ان المشرع الفرنسى ذاته فى تعريفه للتأجير التمويلى يلزم الطرفين عند تحديد ثمن التملك بأخذ فى الاعتبار ما تم الوفاء به على سبيل الاجـرة .

ومن جانب آخر ثار الخلاف فى الفقه الفرنسى حول مدى خضوع التأجير التمويلى لحكم المادة ١٨٠٤ – أ من التقنين الضريبى العام فى حالة وروده على عقار أو محل تجارى . ذلك ان المادة المشار إليها تلزم الأفراد بافراغ الوعد المنفرد ببيع العقار أو المحل التجارى فى محرر رسمى أو فى محرر عرفى يتم قيده خلال العشرة ايام التالية على قبول المستفيد بالوعد له ، والا كان الوعد باطلا بطلاناً مطلقاً . ولقد اتجه البعض إلى خضوع عقد التأجير التمويلى لحكم هذه المادة وبالتالى يلزم افراغ الوعد المنفرد ببيع العقار أو المحل التجارى فى محرر رسمى أو محرر عرفى مع قيده لكى يكون صحيحاً (٢) ، بينما يتحفظ البعض ويذهب إلى إعمال حكم المادة ١٨٤٠ – أ فى حالة تعمد شركة التأجير التمويلى الغش نحو حقوق المستفيد (٣) .

ولقد اتجه فريق آخر من الفقهاء الى عدم خضوع التأجير التمويلى لحكم التقنين الضريبى العام ، وساق فى سبيل ذلك عدة حجج : اختلاق الطابع المنفرد للوعد بالبيع (٤) ، وعدم قابلية الايجار والوعد بالبيع للانقسام (٥) ، وان الوعد بالبيع فى اطار

---

(١) DAVID: JCP 1980 II 19377, note sous Cour d' appel de Bastia, 19 juillet 1979.

(٢) LEQUIN, op. cit., p. 30. DAVID, note précitée. BIRBES, op. cit.,

(٤) DE CAGNY, op. cit., novembre 1970, p. 1019.

(٤) BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op. cit., Fasc. No 73.

(٥) BEY, op. cit., No 75.

التأجير التمويلى وعد ملزم للجانبين وليس وعداً منفرداً [١] ، واخيراً ان المادة ١٨٤٠ - أ تستهدف رفع التحايل على القواعد الضريبية بالاتفاق على تحديد ثمن بخس لتنفيذ الوعد بالبيع فلا تتوافر حكمة إعمال هذا الحكم لتمتع التأجير التمويلى بمزايا ضريبية خاصة من جانب [٢] لأن المشرع هو الذى لزم طرفى عقد التأجير التمويلى بأخذ ما تم الوفاء به من اقساط الأجرة فى الإعتبارعند تحديد ثمن التملك من جانب آخر [٣] .

وعندما عرض الأمر على القضاء الفرنسى ذهب الى عدم تطبيق المادة ١٨٤٠ - أ من التقنين الضريبى العام فى مجال التأجير التمويلى استناداً إلى إعتبار الوعد بالبيع مجرد عنصر من عناصر التأجير التمويلى ، وتفضى طبيعته المميزة هذه إلى استبعاده تلقائياً من نطاق تطبيق المادة ١٨٤٠ - أ المعنية [٤] . ونرى صحة ما اتجه إليه القضاء لأن المادة المذكورة تهدف إلى منع التحايل على الأحكام الضريبية بمناسبة تحديد ثمن التملك ، مما يفترض اتجاه نية الأطراف إلى التحايل [٥] . ولا يمكن القول باتجاه نية طرفى عقد التأجير التمويلى إلى التحايل ، وانما الجوانب المالية للعقد ودواعى الضمان المقرر للشركة الممولة فرضا تضمين العقد وعد منفرد بالبيع .

٣٦٠ - وجدير بالذكر ان شركة التأجير التمويلى تلتزم بنقل الملكية الأصل إلى المستفيد فى نهاية مدة الايجار ، شريطة ان يكون المستفيد قد اوفى بجميع الالتزامات التى يلقيها العقد على عاتقه . ذلك ان اخلال المستفيد بتلك الالتزامات يفضى فى أغلب الأحوال إلى فسخ عقد التأجير التمويلى ، وها ما سوف نعرض له فيما بعد .ومؤدى فسخ العقد زواله بما يتضمنه من وعد منفرد بالبيع .

ولقد ذكرنا من قبل ان تملك الأصل ليس الخيار الوحيد المطروح أمام المستفيد، ولكنه قد يطالب بمد الايجار . وينهب البعض إلى ان المد يتحقق تنفيذاً

---

(١) BENAC-SCHMIDT, op. cit., p. 57.

(٢) BENAC- SCHMIDT, op. cit., p. 173.

(٣) BEY, op. cit., No 81.

(٤) Cour d' appel de Bastia, 19 juillet 1979, note précitée de DAVID.

(٥) GHESTIN, note sous cassation commerciale, 8 mai 1979 et 6 novembre 1979, Dalloz 1980, jurisprudence 283.

لوعد منفرد بالتأجير يكون ملزماً ابتداء لشركة التأجير التمويلى دون المستفيد [١] .

وإذا كان الأصـل هو التزام الشركة الممولة بنقل الملكية فى نهاية مدة الايجار الا ان بعض العقود قد تجيز للمستفيد طلب تملك الأصل قبل هذا الموعد مقابل ان يقوم بسداد جميع اقساط الأجرة الباقية فضلاً عن ثمن التملك المتفق عليه [٢] . ويتضح من ذلك ان لشركة التأجير التمويلى هدفاً ثابتاً من العقد دوماً يتمثل فى استرداد رأسمالها المستثمر فى تمويل الأصل المؤجر فضلاً عن المبالغ المستحقة لها ، ولا يعنيها تحقق ذلك على مدى مدة الايجـار أو فى مدة اقصر بحسب ما يتراءى للمستفيد . واذ يبدو التملك المبكر وكأنه تنفيذ لإلتزام قبل حلول اجله المتفق عليه يتأكد بالتالى اعتبار العاقدين التزام المستفيد بدفع اقساط الأجـرة ديناً واحـداً يتم تقسيطه على دفعات تتحدد اتفاقاً . ومن شأن ذلك التأكيد على الطابع المالى للتأجير التمـويلى .

٣٦١ - وقبل ان نختم الحديث عن التزامات شركة التأجير التمويلى تجدر الاشارة إلى ما أثير من تساؤل حول مصير حقوق المستفيد تجاه شركة التأجير التمويلى إذا ما قامت هذه الأخيرة بالتصرف فى الأصل المؤجر تصرفاً ناقلاً للملكية . فالتصرف سلطة تثبت للشركة الممولة بموجب حق الملكية المقرر لها على الأصل . وبعبارة اخرى يثور التساؤل عن مدى نفاذ عقد التأجير التمويلى فى مواجهة المتصرف إليه بحيث يصير ملتزماً بأحكام عقد التأجير التمويلى من تمكين المستفيد من الانتفاع بالأصل وبصفة خاصة بنقل ملكيته إليه فى نهاية مدة الايجار .

وبفرض تمسك المتصرف إليه بعدم نفاذ العقد فى مواجهته يكون مقتضى القواعد العامة ان تكون شركة التأجير التمويلى ضامنة لتعرض المتصرف إليه للمستفيد

---

(١) VINCENT et DEHAN, op. cit., p. 236.

(٢) PACE: Economie..., op. cit., p. 264. N' DIZI, op. cit., p. 192.

فى انتفاعه بالأصل المؤجر . وهو ما يثور بصفة خاصة بمناسبة عقود التأجير التمويلى للمنقولات . اما فى المواد العقارية فإنه طبقاً لأحكام الشهر العقارى يترتب على قيد عقد الايجار الذى تزيد مدته على اثنى عشر عاماً نفاذه فى مواجهة الغير ومنه المتصرف اليه [1] . ولقد رأينا من قبل التزام شركة التأجير التمويلى بشهر عقد التأجير التمويلى العقارى طبقاً للأحكام المشار إليها .

لكن رجوع المستفيد على شركة التأجير التمويلى بضمان التعرض لا يكون مجدياً له نظراً لانقطاع انتفاعه بالأصل فضلاً عن زوال إمكانية تملكه فى نهاية مدة الايجار بفرض بلوغه هذا المدى [2] . لذلك تدخل المشرع الفرنسى ونص فى المادة الأولى - أولاً من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ المضافة بموجب لائحة ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ على ان المتصرف إليه يلتزم بأحكام عقد التأجير التمويلى طوال مدته ويظل ملتزماً بذات التزامات شركة التأجير التمويلى المتصرفة ، على ان تبقى هذه الأخيرة ضامنة لوفاء المتصرف إليه بتلك الالتزامات .

ويتضح مما تقدم ان شركة التأجير التمويلى تستبقى حقها الأصيل فى التصرف فى الأصل المؤجر ، ولكن لا يجوز بأى حال من الأحوال ان يتم التصرف على حساب مصالح المستفيد . وبالتالى لا يحول التصرف دون المضى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى الا أن المستفيد يستمد حقوقه بدءاً من تاريخ التصرف من المتصرف إليه وليس من شركة التأجير التمويلى . وتبقى الشركة الممولة ضامنة لوفاء المتصرف إليه بالالتزامات الناشئة عن عقد التأجير التمويلى ، وذلك باعتبار أنها الشخص الذى تعاقد معه المستفيد أصلاً . ولا يخفى ما فى تقرير ضمان الشركة الممولة من أهمية بالغة بالنسبة إلى المستفيد وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بنقل ملكية الأصل إليـه فى

---

(١) المادتان ٢٨ و ٣٧ من لائحة ٤ يناير ١٩٥٥ فى شأن الشهر العقارى .

(٢) COILLOT: Initiation..., op. cit., p. 249.

نهاية مدة الإيجار[1] .

وطبقاً للرأى الراجح يتعلق حكم المادة الأولى ـ أولاً من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ بالنظام العام[2] . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتصرف والمتصرف إليه الاتفاق على استبعاده . كذلك لا يجوز ابتداء الاتفاق فى عقد التأجير التمويلى على اعفاء المتصرف اليه من التقيد بأحكام عقد التأجير التمويلى فى حالة تصرف الشركة الممولة فى الأصل الموجر ، أو الاتفاق على اعفائها من ضمان وفاء المتصرف إليه بالالتزامات الناشئة عن العقد .

ويذهب البعض إلى أن المادة الأولى – أولاً من قانون ١٩٦٦ تقيم تضامناً سلبياً بين المتصرف أى شركة التأجير التمويلى والمتصرف إليه فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد التأجير التمويلى ، ويكون بذلك صورة للتضامن السلبى المقرر قانوناً[3] . الا أن مفهوم التضامن السلبى يجعل من شركة التأجير التمويلى إلى جانب المتصرف اليه مديناً اصلياً بالالتزامات الناشئة عن عقد التأجير التمويلى ، فى حين ان النص يقصر التزامها على ضمان وفاء المتصرف إليه بتلك الالتزامات . ويستتبع ذلك ضرورة رجوع المستفيد على المتصرف إليه أولاً بالتنفيذ العينى ، فإن لم يوف بالالتزامات الملقاة على عاتقه يكون للمستفيد الرجوع على شركة التأجير التمويلى بالضمان[4]. ويتضح

---

(١) GIOVANOLI, op. cit., p. 427 No 530. LEQUIN, op. cit., p. 83. BOSC, op. cit., p. 7. BAKOUKA, op. cit., p. 95. BALME, op. cit., No 80.

(٢) CALAIS-AULOY, op. cit., No 93.

(٣) OUERDRAOGO, op. cit., p. 246.

(٤) ويراعى أنه لا يترتب على التصرف فى الأصل الموجر انتقال الحقوق المالية وغيرها الناشئة عن عقد التأجير التمويلى إلى المتصرف إليه اذ لا يقضى القانون سوى بتحمله الالتزامات الناشئة عن العقد . وتبقى الحقوق المشار إليه قصراً على شركة التأجير التمويلى ويلتزم المستفيد بادائها نحوها ، وبالتالى لا يكون لسواها طلب فسخ العقد الذى يظل المتصرف إليه اجنبياً عنه .

من ذلك ان الزام المتصرف إليه بأحكام عقد التأجير التمويلى فيه تحقيق لمصالح الشركة الممولة ايضاً ، ذلك أنها تتفادى رجوع المستفيد عليها بضمان التعرض وما قد يصحبه من طلب فسخ عقد التأجير التمويلى وزوال التزام المستفيد باداء أقساط الاجرة . اما اذا تعرضت لرجوع المستفيد بضمان وفاء المتصرف إليه بالالتزامات الناشئة عن العقد فإنها تستطيع بدورها الرجوع على المتصرف إليه بالمسئولية .

وتجدر الاشارة إلى أنه فى حالة التصرف فى الأصل المؤجر يقع على عاتق شركة التأجير التمويلى اجراء التعديل اللازم فى قيد عقد التأجير التمويلى ، طبقاً لما تقضى به أحكام لائحة ٤ يوليو ١٩٧٢ [١] .

واخيراً نشير إلى أنه لا يلزم ان يكون المتصرف إليه من مؤسسات التأجير التمويلى . ذلك أنه من المقرر أنه لا يجوز لغير تلك المؤسسات مزاولة نشاط التأجير التمويلى على وجه الاعتياد ، ويتعرض المخالف لعقوبات جنائية طبقاً لما تقضى به المادة الرابعة من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ وتؤكده المادتان ٣ و ١٠ من قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ فى شأن نشاط مؤسسات الائتمان والرقابة عليها [٢] . ومفهوم مخالفة هذا الحكم أنه يجوز لغير مؤسسات التزجير التمويلى القيام بعملية تأجير تمويلى بصفة عابرة وعرضية دون أن يتعرض للعقوبات الجنائية المقررة . ومع ذلك قد يمثل تصرف شركة التأجير التمويلى فى الأصل المؤجر تحايلاً على حكم القانون اذ قد تتصرف فى الأصل فور ابرام عقد التأجير التمويلى إلى شخص لا يصدق فى حقه وصف مؤسسة التأجير التمويلى ، فيسمح ذلك لهذا الشخص بمزاولة نشاط لا يحق له بحسب الأصل مزاولته . ويقع على عاتق القضاء إن كشف وجه التحايل رد مقصود الطرفين .

---

(١) BEY: De la publicité..., op. cit., No 38.

(٢) Cassation commerciale, 19 novembre 1991, JCP 1992 IV 276.

٣٦٢ - فى ختام الحديث عن التزامات شركة التأجير التمويلى نشير إلى أن نطاق تلك الالتزامات جد محدود . فأهم اداءات الشركة أى التمويل لا يعبر عنه قانوناً التزام متميز ينشأ عن عقد التأجير التمويلى ، ولا اثر له الا بالقدر الذى يسمح تقديم ذلك الاداء بتمكين المستفيد من الانتفاع بالأصل . وعلى ضوء الكيفية التى يوضع بها عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ لا تكون الشركة مسئولة الا فى حالة رفضها ابرام عقد البيع أو دفع الثمن وهو ما يصعب تصوره عملاً بعد أن قبلت الشركة ابرام عقد التأجير وتحقق واقعة استلام الأصل دون منازعات .

وتنحصر بالتالى التزامات الشركة بمفهومها القانونى فى تمكين المستفيد من الانتفاع بالأصل ونقل ملكيته إليه فى نهاية مدة العقد . وعن الالتزام الأول رأينا ان الشركة لا تتولى تسليم المال إلى المستفيد ، كما لا تتحمل اعباء الصيانة الضرورية ، وتكون معفاة من كل التزام بالضمان وانما تكتفى بتمكين المستفيد من الرجوع على البائع أو المقاول بالضمان . وقد لامسنا ما فى هذا الرجوع من حد للحقوق المقررة للمستفيد تلبية لمصالح الشركة الممولة . اما عن الالتزام بنقل الملكية فهو لا يقوم بوصفه التزاماً قائماً بذاته فى كل صور التأجير التمويلى ، ولكن فى كافة هذه الصور يتقرر للمستفيد تملك الأصل المؤجر بشرط وفائه بكافة الالتزامات التى يلقيها عقد التأجير التمويلى على عاتقه .

المطلب الثانى
التزامات المستفيد

٣٦٣ - بمقتضى عقد التأجير التمويلى يلتزم المستفيد مقابل انتفاعه بالأصل بدفع اقساط الأجرة المتفق عليها . ويعد الوفاء بالاجرة الالتزام الرئيسى الذى يقع على عاتق المستفيد .

واذا كانت شركة التأجير التمويلى تمكن المستفيد من الانتفاع بالاصل فهى بوصفها المالكة له معنية بالاستعمال المقرر للمستفيد مما يلقى على عاتق هذا الاخير

التزاماً بالمحافظة على الأصل المؤجر . الا أن لحق الملكية أهمية خاصة بالنسبة إلى الشركة الممولة اذ يمثل الضمان الجوهرى المقرر لها ضد مخاطر اعسار المستفيد . لذلك يدورالتزام المستفيد بالمحافظة على الأصل حول ضمان فعالية حق الملكية بوصفه تأميناً لحقوق الشركة المالية ، ويتسع نتيجة لذلك نطاق التزام المستفيد ويتجاوز نطاق التزام المستأجر فى أى عقد ايجار تقليدى .

ونعرض فى فرع أول لالتزام المستفيد بالوفاء بالأجرة ، ثم من خلال فرع ثان نعرض للالتزامات المفروضة عليه والتى تتعلق بحماية حق ملكية شركة التأجير التمويلى [١] .

الفـــرع الأول

الالتزام بالوفـاء بالأجـرة

٣٦٤ – طبقاً للقواعد العامة فى عقد الايجار يرد العقد المتقدم على الانتفاع بالعين المؤجرة [٢] . ويعد الوفاء بالاجرة التزاماً يقع على عاتق المستأجر مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة [٣] . وهى بالنسبة إلى المؤجر ريع العين المؤجرة فى مفهومه الاقتصادى [٤] ، وثمارها المدنية فى مفهومها القانونى [٥] .

---

(١) فبالرغم من ان عقد التأجير التمويلى يعرض فى العمل وفى القانون الفرنسى بوصفه عقد ايجار إلا ان الوقوف على التزامات المستفيد ونطاقها ومغزاها لا يستقيم إلا بالنظر إلى مكونات العقد الحقيقية : التمويل والضمان المتمثل فى حق الملكية . وبالتالى يقابل التزام المستفيد بالوفاء بالاجرة الخدمة التمويلية المقدمة من شركة التأجير اتمويلى ، بينما تقابل التزاماته المتعلقة بحماية حق الملكية استبقاء المستفيد لحيازة المال محل الضمان المقرر لشركة التأجير التمويلى .

(٢) AUBRY et RAU: Droit civil français, 6° édition par Esmein, Tome 5, Editions Techniques, Paris, 1947, p. 203.

(٣) LE GALL: L' obligation de garantie dans le louage des choses, Thèse Droit, Paris LGDJ, Tome 36, 1962, p. 75.

(٤) TOPALOV: Le produit, la rente et la ville, éléments de théorie, Eco-no-mica, Paris, 1984, p. 14.

(٥) MAZEAUD et CHABAS: Leçons de Droit civil, Tome 2, 2°volume, 6° Édition par GIANVITI, Montchrestien, Paris, 1984, p. 351 No 1672

ويترتب على ذلك اعتبار الانتفاع بالعين المؤجرة قيمة اقتصادية اذ تكون محلاً للمبادلة ، أى أنه فى ظل اقتصاديات السوق تتحدد للأموال قيمة ايجارية سوقية والتى على اساسها يتحدد مقدار الاجرة . وتتأثر قيمة الأموال الايجارية بقوى العرض والطلب، كما يخضع تحديد مقدار الأجرة فى عقد محدد من عقود الايجار لفعل المساومة بين الطرفين المتعاقدين : المؤجر والمستأجر [1] .

وتلك المقدمة ضرورية لقياس مدى اتساق أحكام عقد التأجير التمويلى فى شأن التزام المستفيد بالوفاء بالاجرة وذلك المفهوم المبدئى لعقد الايجار فى صورته التقليدية وما يترتب عليه من ضوابط فى تحديد مقدار الأجرة . ولذلك يجدر بنا قبل التعرض لشروط الوفاء بالأجرة كما تبين من أحكام العقد بحث كيفية تحديد مقدارها .

أولاً : تحديد مقدار الأجرة فى عقد التأجير التمويلى :

٣٦٥ – فى سبيل تحديد الكيفية التى يتحدد بها مقدار الأجرة التى يلتزم المستفيد بدفعها طبقاً لعقد التأجير التمويلى لابد أولاً من تحديد العناصر الداخلة فى تكوين تلك الأجرة . ويجب فضلاً عن ذلك الوقوف على معدلات اقساطها المحددة فى العقد وما إذا كان يتم الوفاء بها بموجب شرط الدفع بمعدل متحرك Clause d' échelle mobile.

أ) عناصر أجرة التأجير التمويلى :

٣٦٦ – عند الوفاء بثمن شراء الأصل أو تمويل تكلفة البناء تكون شركة التأجير التمويلى قد قامت بتوظيف رأسمالها فى تملك الأصل ، وبالتالى فهى تبحث عن استرداد رأسمالها فضلاً عن الحصول على عوائده من خلال اقساط الأجرة التى يدفعها المستفيد [2] . وبوصف شركة التأجير التمويلى من المشروعات الرأسمالية يكون

---

(١) PERRON: Code complet et commenté des baux commerciaux et d' habitation: Droit des locataires, Editions De Vecchi, Paris, 1977, p. 121, 122.

(٢) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 23.

هدفها الرئيسى من مزاولة نشاطها تحقيق الربح .

ومن هذا المنطلق تمثل الاجرة فى جانب منها اهلاكا لرأسمال الشركة ، وفى جانبها الآخر الفائدة الإجمالية المقررة لتوظيف رأس المال . ويلاحظ ان لشركة التأجير التمويلى كسائر المشروعات الرأسمالية نفقاتها العامة منها والمالية حيث تلجأ عادة إلى اقتراض الأموال اللازمة لدفع الثمن أو تمويل تكلفة البناء [١] . ويجب تغطية تلك النفقات العامة والمالية من خلال اقساط الأجرة التى يوفى بها المستفيد ، فضلاً عن شمولها هامش الربح الذى يخص شركة التأجير التمويلى .

وبعبارة اخرى يكون إجمالى الاجرة التى يلتزم المستفيد بسدادها طوال مدة العقد غير القابلة للالغاء اهلاكاً لرأسمال الشركة وغطاء لنفقاتها العامة ونفقاتها المالية ومصدراً للربح الذى تختص به لنفسها [٢] .

ويلاحظ أنه فى الفروض الذى يتحدد فيها ثمن لتملك المستفيد للأصل فى نهاية مدة الايجار لا يتم اهلاك كامل رأس المال من خلال أقساط الاجرة ، ولا يكتمل الاهلاك الا بقبض شركة التأجير التمويلى ثمن التملك إذا ما اتجهت ارادة المستفيد إلى إعمال خياره بالتملك [٣] .

ويلاحظ من جانب آخر ان رأسمال الشركة المستثمر فى تمويل الأصل قد يجد مصدره فى أموالها الذاتية ، لكن الفرض الغالب هو لجوءها إلى الاقتراض من مؤسسات الائتمان المختلفة . ومع ذلك ففى كل الفروض يتم احتساب النفقة المالية لتوظيف رأس المال ضمن عناصر اجرة التأجير التمويلى ، وتقبض الشركة تلك النفقة

---

(١) PACE: Pratique..., op. cit., p. C9. GIOVANOLI, op. cit., p. 401 No 502. OUERDRAOGO, op. cit., p. 202.

(٢) GIOVANOLI, op. cit., p. 92 No 119. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 14. PACE: Pratique..., op. cit., p. E 12. BENDER, op. cit., p. 76. CROIZAT, op. cit., p. 87. OHL, op. cit., p. 59.

(٣) PACE: Pratique..., op. cit., p. B5. GIOVANOLI, op. cit., p. 66 No 87.

المالية ولو لم تكن ملزمة بادائها إلى مؤسسة مقرضة [١] .

٣٦٧ - وبناء على ما تقدم يتم تحديد مقدار الاجرة استناداً إلى ثمن شراء الأصل أو تكلفة البناء . وتلجأ شركات التأجير التمويلى إلى تحديد اساس للأجرة وهو نسبة مئوية ثابتة من رأس المال المستثمر ، فيما يعرف بالأجرة الاساسية Loyer de base والتى على أساسها يتم احتساب مختلف اقساط الاجرة التى يلتزم المستفيد بسدادها [٢] .

ويتم تحديد مختلف اقساط الاجرة على ضوء مدة العقد من جانب ومعدلات هذه الاقساط المتفق عليها . ويمكن الاتفاق على مراجعة الاجرة الاساسية باعادة تقديرها سنوياً ، وهو ما يترتب عليها اعادة تقييم اقساط الاجرة [٣] . ولقد سبق لنا بيان كيفية تحديد مدة العقد بحسب ما اذا كان خاصاً بتأجير منقول تأجيراً تمويلياً أو بتأجير عقار ، ويكفى فى هذا المقام أن نشير إلى ان عدم قابلية هذه المدة للالغاء يسمح بضمان اهلاك كامل رأس المال المستثمر فى تمويل الأصل مع التحفظ فى شأن ثمن التملك . ويبقى امامنا بيان كيف يتم تحديد معدلات اقساط الاجرة وكيفية مراجعتها بموجب شرط الوفاء بمعدل متحرك .

وجدير بالذكر ان بعض عقود التأجير التمويلى تتجه فى بعض الاحيان إلى النص على ان تحديد الاجرة كما هو مبين فى العقد ليس تحديداً نهائياً ، وان شركة التأجير التمويلى سوف تتولى تحديد مقدار الاجرة بصفة نهائية على ضوء التزاماتها المالية تجاه مؤسسة للإئتمان تعتزم الاقتراض منها . وهذا ما يؤكد ان تحديد الاجرة لا يتم الاعلى ضوء اعتبارات مالية صرفة . ولقد ذهب القضاء الفرنسى فى هذا الصدد ان تجاوز قدر الاجرة النهائية لماتم تحديده فى العقد لا يبرر طلب المستفيد بفسخ عقد التأجير التمويلى ، حيث ان الفرق نتج عن تنفيذ أحكامه ولا يمثل تعديلاً جوهرياً له .

---

(١) WALTER, op.cit., p. 25.

(٢) LEQUIN, op. cit., p. 111.

(٣) PACE: Pratique..., op. cit., p. C 11.

ويكفى طبقاً للقواعد العامة ان تكون الاجرة قابلة للتحديد ولا يلزم ان تكون محددة فعلا فى العقد . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمستفيد الامتناع عن الوفاء بالاجرة كما حددتها شركة التأجير التمويلى بصفة نهائية والا تعرض لطلبها بفسخ العقد والزامه برد الأصل المؤجر ودفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى الذى يتضمنه العقد [١].

٣٦٨ - ولكن قبل المضى فى تحليل مقدار الأجرة فى عقد التأجير التمويلى نشير إلى ما تبين لنا من أن تحديد هذا المقدار يخضع لضوابط مالية صرفة ولا تؤخذ فى الاعتبار مطلقاً القيمة الايجارية السوقية للأصل المؤجر . ومع ذلك يذهب البعض إلى ان الاجرة هى مقابل الانتفاع بالأصل بالرغم من تقديرها طبقاً لضوابط مالية [٢] ، فى حين يذهب البعض الآخر الى أن الأجرة لا تعد مقابلاً للإنتفاع بالأصل الا بصفة جزئيـة [٣] .

واذا أخذنا فى الاعتبار ان العقد يسمح للمستفيد بتملك الأصل فى نهاية مدة الايجار يمكن القول مع البعض ان الاجرة وان كانت تمثل اهلاكاً لرأس المال بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى فإنها تمثل أقساط ثمن تملك الأصل بالنسبة إلى المستفيد [٤] . ولا شك والحال هذه ان تفوق قيمة الأجرة فى عقد التأجير التمويلى

---

(١) Cour d' appel de Nancy, 2° chambre, 9 février 1989, JCP 1992 IV 2477.

(٢) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 104. BAKOUKA, op. cit., p. 204, 205.

(٣) RODIERE et RIVES-LANGE, op. cit., p. 418 No 337. CABRILLAC, op. cit., No 60. CHAMPIGNY: L' Evaluation d' immeubles sous contrats de crédit-bail, Gazette du Palais, 1978, 1. p. 74. LEFEBVRE: Plaidoyer pour le droit écrit et L'Application des Qualifications légales dans le crédit-bail immobilier, JCP 1982 I 3064, No 7. OHL, op. cit., p. 12 COILLOT: La loi du 2 juillet..., op. cit., BEY et GAVALDA: Le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 83. BARBE, op. cit., p. 40. PAPE et RICHTER-HANNES, op. cit., p. 387.

(٤) BEY: JCP 1987 II 20 865, note sous Cour d' appel de Djon, 1° chambre, 2 septembre 1986.

قيمتها فى عقد الايجار التقليدى حيث تحتكم هذه الاخيرة إلى قيمة الأصل الايجارية وهى بوصفها صورة للدخل بالنسبة إلى المؤجر لا يدخل عنصر إهلاك ثمن تملك العين المؤجرة فى الاعتبار عند تحديد قيمتها الايجارية [١] .

وإذا ما قورنت أقساط أجرة التأجير التمويلى بأقساط ثمن شراء الأصل بفرض لجوء المستفيد إلى شرائه بالتقسيط يتضح لنا أن تكلفة التمويل فى فرض اللجوء إلى التأجير التمويلى تجاوز التكلفة المالية الناشئة عن الشراء بالتقسيط : ففى البيع بالتقسيط يتضمن الثمن ابتداء هامش ربح البائع ، ويضاف إليه الفوائد المقررة مقابل تقسيط الثمن ، بينما تشمل أجرة التأجير التمويلى ثمن الشراء ونفقات الشركة الممولة العامة والمالية فضلاً عن هامش ربحها [٢] . فبفرض ان مدة العقدين واحدة مما يفترض معه تساوى النفقة المالية فى الفرضين تتجاوز قيمة اجرة التأجير التمويلى مجموع المبالغ التى يوفى بها المشترى بالتقسيط بمقدار نفقات شركة التأجير التمويلى العامة وهامش ربحها [٣] . وبعبارة أخرى تكون وساطة شركة التأجير التمويلى مصدراً لتكلفة تفوق تلك التى كان ليتكبدها المستفيد بفرض لجوئه إلى شراء الأصل بالتقسيط . ويزيد من حدة الأمر ما يقتضيه تنفيذ عقد التأجير التمويلى من نفقات كبيرة تحملها شركة التأجير التمويلى للمستفيد [٤] .

---

(١) GOYET, op. cit., p. 44 No 75. OHL, op. cit., p. 12.

(٢) CROIZAT, op. cit., 46. STAUDER, op. cit., p. 21.

(٣) ففى البيع بالتقسيط يتحمل المستفيد قيمة الأصل ونفقات البائع العامة المتعلقة بخدمة البيع وهامش ربحه ، فضلاً عن الفائدة المقررة التى تغطى نفقات البائع العامة المتعلقة بخدمة الائتمان وهامش ربح اضافى له . اما فى التأجير التمويلى يتحمل المستفيد قيمة الأصل ونفقات البائع العامة المتعلقة بخدمة البيع وهامش ربحه ، فضلاً عن نفقات شركة التأجير التمويلى ونفقاتها العامة ونفقاتها المالية وهامش ربحها . ولقد افترضنا تساوى فائدة البيع بالتقسيط ونفقات شركة التأجير التمويلى المالية لأن البائع بالتقسيط محكوم فى تحديده لسعر الفائدة بالقانون رقم ٦٨ - ١٠١٠ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٦٦ الذى لا تجيز تجاوز سعر الفائدة لاسعار الفائدة المصرفية للائتمان الا بقدر ضئيل .

(٤) انظر فى ذلك : LARRIEU: Les Entreprises face au crédit-bail, Banque de France, Direction Générale des Etudes, Cahiers économiques et monétaires, Entreprises, No 15, 1982, p. 46.

وإذا كانت وساطة شركة التأجير التمويلى هى التى تبرر ارتفاع تكلفة التأجير التمويلى فإنه بالنظر إلى الطبيعة المالية لهذه الوساطة يمكن مقارنة تكلفة التأجير التمويلى بتكلفة التمويل المصرفى التقليدى . وكان الفقه الفرنسى يشير إلى غلو تكلفة التأجير التمويلى فى فرنسا قبل ١٩٦٨ أى قبل تدخل المشرع الفرنسى للحد من الآثار المالية السلبية الناجمة عن فرض الضريبة على القيمة المضافة فى مجال التأجير التمويلى (١) . ويشير جانب من الفقه الفرنسى إلى أنه فى اعقاب تدخل المشرع عادت تكلفة التأجير التمويلى إلى مستويات تكلفة التمويل المصرفى التقليدى (٢) .

ولكن منذ فجر التأجير التمويلى فى فرنسا اشار البعض إلى أن تكلفة التأجير التمويلى لا يمكن ان تقل بأى حال من الأحوال عن تكلفة التمويل المصرفى ، حيث أن شركة التأجير التمويلى تلجأ إلى البنوك ومؤسسات الائتمان من أجل الحصول على ائتمانها وبالتالى تدخل تكلفة التمويل المصرفى باعتبارها نفقة مالية تتكبدها الشركة الممولة ضمن عناصر اجرة التأجير التمويلى (٣) . وبالرغم من ان البعض اشار إلى صعوبة المقارنة لإختلاف العوامل المؤثرة فى تحديد تكلفة أى من التمويل المصرفى والتأجير التمويلى (٤) ، الا أن الفقه الفرنسى الغالب يقر بغلو التأجير التمويلى مقارنة بتكلفة التمويل المصرفى (٥) . وإذا كان التخفيف من الآثار الضريبية

---

(١) GAULLIER, op. cit., p. PFEIFFER: Le leasing en France, op. cit., p. 28. CROZAT, op. cit., p. 52.

(٢) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 22. N'DIZI, op. cit., p. 185.

(٣) CHARMONT: Leasing or not leasing, Hommes et Techniques, décembre 1963, p. 1304.

(٤) BOSC, op. cit., p. 47. BUTTNER, op. cit., p. 55.

(٥) GIOVANOLI, op. cit., p. 34 No 48. CHAMPAUD: JCP 1965, op. cit., No 22. CABRILLAC, op. cit., No 4. CALAIS-AULOY, op. cit., No 12. BAKOUKA, op. cit., p. 11. ROSSIGNOL, op. Cit., No 2. GAVALDA, op. cit., 1° cahier, No 22. GAVALDA et STOUFFLET: Droit de la banque, op. cit., p. 652 No 491 lrs. CAUSSIN, op. cit., p. 49. BOSET: Le crédit - bail, l'épargne et la =

المشار إليها قد ادت إلى خفض تكلفة التأجير التمويلى إلا أن أثره محدود لا يخل بإعتبار التأجير التمويلى أعلى تكلفة من التمويل المصرفى التقليدى [١] .

ب) معدلات اقساط الأجرة :

٣٦٩ – أن تحديد مقدار كل قسط من أقساط أجرة التأجير التمويلى يتوقف على المعدل المتفق عليه لسداد تلك الأقساط . وتبرز شركات التأجير التمويلى ما يتميز به هذه الصورة من صور التمويل من تحديد لمعدلات أقساط الأجرة على ضوء مقدرة المستفيد على السداد الدورى ومعدل السيولة النقدية التى يحتكم عليها فى المراحل المختلفة لمزاولة نشاطه [٢] . وبالتالى يؤخذ فى الاعتبار الطابع الدائم او الموسمى لنشاط المستفيد وإمكانات الاستغلال المتاحة له ونفقات إدارة المديونية عند تحديد الآجال الدورية للأقساط ومعدلها من أقساط متساوية أو تصاعدية أو تنازلية [٣] .

ولكن رأينا من قبل ان تحديد معدلات أقساط الأجرة يتوقف على معدل الإهلاك المالى الذى تحدده شركة التأجير التمويلى بالنظر إلى مصالحها المالية وحدها . وتلجأ فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات إلى تحديد معدل إهلاك مالى ابطأ من معدل الاهلاك الضريبى للمنقول . أما فى المجال العقارى فإنها تحرص على التعجيل من الإهلاك المالى لرأسمالها المستثمر نظراً لضخامته من جانب وطول مدد عقود التأجير التمويلى العقارى من جانب آخر [٤] . ويشير البعض إلى ان الأقساط المتساوية

=
bourse, Analyse financière, 4° trimestre 1977, p. 38.

(١) LE ROUYER DE LA FOSSE, op. cit., p. 117. PRINCE AGBODJAN, op. cit., p. 120. CAPIEZ, op. cit., p. 33. BARBE, op. cit., p. 71. CNCF, op. cit., p. 39. BOUDINOT et FRABOT, op. cit., p. 258 No 269. NGUYEN-TAHN, op. cit., No 14.

(٢) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 167. BARBE, op. cit., p. 151 et s. CHERKAOUI, op. cit., p. 35.

(٣) PACE: Pratique..., op. cit., p. j 14.

(٤) CNCF, op. cit., p. 20. PACE: Economie..., op. cit., p. 50.

هى أفضل معدل لها بالنسبة إلى المستفيد ، الا أن شركة التأجير التمويلى لا تجيزها إلا إذا كانت تتفق مع سياسة الإهلاك التى تتبناها [١] . يضاف إلى ذلك ضرورة أخذ فى الاعتبار ما يترتب على إعمال شرط الوفاء بمعدل متحرك اذ قد يحول الأقساط المتساوية إلى اقساط تصاعدية أو أقساط تنازلية إلى اقساط متساوية [٢] .

جـ) شرط الوفاء بمعدل متحرك :

٣٧٠ - إذا كان الأصل هو عدم جواز تعديل الأجرة اثناء تنفيذ عقد التأجير التمويلى الا باتفاق الطرفين [٣] ، الا أنه يمكن تضمين عقد التأجير التمويلى ابتداء شرط وفاء الأقساط بموجب معدل متحرك [٤] .

وغالباً ما تتضمن عقود التأجير التمويلى مثل هذا الشرط ، ويتحدد المعدل المتحرك إما باتفاق الطرفين وإما بالاحالة إلى معدل زيادة أسعار بعض السلع والخدمات [٥] .

ويلاحظ ان سلطان الإرادات الخاصة مقيدة فى هذا المقام بالقواعد الآمرة التى يتضمنها القانون الفرنسى فى شأن شرط الوفاء بمعدل متحرك : فطبقاً للمادة ٧٩ - ٣ من اللائحة التنظيمية رقم ٥٨ - ١٣٧٤ بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٥٨ [٦] ، المعدلة بموجب المادة ١٤ من اللائحة التنظيمية رقم ٥٩ - ٢٤٦ بتاريخ ٤ فبراير

---

(١) LOBEZ, op. cit., p. 29. PACE: Economic, op.cit., p. 50. CONSO, op. cit., p. 16.

(٢) OUERDRAOGO, op. cit., p. 106.

(٣) وذلك تطبيقاً لمبدأ ان العقد شريعة المتعاقدين الذى تتضمنه المادة ١١٣٤ من التقنين المدنى الفرنسى.

(٤) BALME, op. cit., No 76. BARBE, op. Cit., p. 297.

(٥) ATTAL , op. cit., p. 788.

(٦) Journal Officiel, 31 décembre 1958, p. 1207. Dalloz 1959, Lé gislation 154.

١٩٥٩ [١] والقانون رقم ٧٠ - ٦٠٠ بتاريخ ٩ يوليو ١٩٧٠ [٢] ، يبطل كل شرط يتحدد بموجبه المعدل المتحرك على أساس الحد القانونى الادنى للأجور أو على أساس القياس العام لأسعار السلع والخدمات التى لا يكون لها ارتباط مباشر بموضوع العقد او بنشاط أى من طرفيه . وجدير بالاشارة إلى أن المادة ٧٩ - ٣ المشار إليها تؤكد أن تحديد المعدل المتحرك على أساس تقلب المؤشر القومى لتكلفة أعمال البناء الذى يحدده المركز القومى للاحصاء يعد مرتبطاً ارتباطاً مباشراً بموضوع العقد الذى يرد على عقار تم بناؤه ، اياً كانت طبيعة هذا العقد . وبالتالى يكون شرط الوفاء بمعدل متحرك فى هذه الحالة صحيحاً .

ويتضح من ذلك ان القيود المفروضة قانوناً على الإرادات الخاصة ذات أثر محدود . وفى عقود التأجير التمويلى العقارى تتم غالباً الاحالة إلى معدل زيادة تكلفة أعمال البناء كما يحدده المركز القومى للاحصاء [٣] . الا أنه لا يشترط بالضرورة ان تتم الاحالة إلى هذا المعدل اذ قضى بان تحديد المعدل المتحرك على أى أساس آخر يكون صحيحاً مالم تكن الاشارة إلى الحد الادنى للأجور [٤] .

ويمكن ورود المعدل المتحرك على كامل الأجرة الاساسية أو على جزء منها فقط ، وذلك على ضوء ما يقضى به عقد التأجير التمويلى . واذا كان المعدل المتحرك وارداً على جزء من الأجرة الاساسية فقد يكون مقدار هذا الجزء ثابتاً أو على العكس يمثل نسبة محددة من مجموع أقساط الأجرة . ويكون لكل فرض من هذه الفروض

---

(١) Journal Officiel, 8 février 1959, p. 1751. Dalloz 1959, Législation 308.

(٢) Journal Officiel, 10 juillet 1970, p. 6466. Dalloz 1975, 1970, Législation 182.

(٣) LAUZEINGHEIN, op. cit., p. 428.

(٤) Tribunal de Grande Instance de Paris, 11 mars 1972, Dalloz 1973, Jurisprudence 125, note MALAURIE.

المختلفة أثره فى تحديد مقدار الأقساط التى يلتزم المستفيد الوفاء بها [١] .

٣٧١ - ويثور التساؤل عما إذا كان يجب إعمال المعدل المتحرك صعوداً او هبوطاً بحسب الأحوال . ذلك ان عقود التأجير التمويلى تنص على إمكانية زيادة الأجرة المقررة طبقاً للمعدل المتحرك المتفق عليه . والأخذ بحرفية هذا النص يفضى إلى القول بوجوب زيادة الأجرة على ضوء المعدل فى حالة صعوده ، أما فى حالة هبوط المعدل فلا يجوز انقاص الأجرة وفقاً لما يشير به المعدل المتفق عليه فتظل الأجرة فى هذه الحالة ثابتة .

الواقع ان تبادلية شرط الوفاء بمعدل متحرك أى إعماله صعوداً وهبوطاً هو ما يتفق مع مفهوم العدالة التبادلية فى العقود الملزمة للجانبين [٢] . ومع ذلك يبدو ان اعتبارات العدالة ليست من بين اهداف شركات التأجير التمويلى التى لم تفرض شرط الوفاء بمعدل متحرك الا من أجل الوقاية من آثار التضخم السائد فى الاقتصاد الفرنسى بالرغم من كل محاولات القضاء على هذه الظاهرة خلال الثمانينات من القرن العشرين . فالشركة وقد وظفت أموالها فى تمويل الصفقة لا تستردها الا بمرور الزمن، ويعرضها ذلك لمخاطر التضخم وما يترتب عليه من انخفاض قيمة العملة الوطنية . وحيث أنه من المقرر أن المدين لا يلتزم الا بالوفاء بقدر عدد النقود المذكور فى العقد فإن انخفاض قيمة العملة الوطنية يكون فى مصلحة المدين ويضر بمصلحة الدائن [٣] . وتجد شركة التأجير التمويلى فى شرط الوفاء بمعدل متحرك وسيلة للحد من تطبيق مبدأ الوفاء بقدر عدد النقود المذكور فى العقد .

---

(١) LEQUIN, op. cit., p. 48. FERRONNIERE et DE CHILLAZ, op. cit., p. 533. No 178.

(٢) EL GAMMAL: L' adaptation du contrat aux circonstances économiques, Thèse Droit, LGDJ, Paris, 1964, p. 109 No 196.

(٣) ولقد تضمنت المادة ١٨٩٥من التقنين المدنى الفرنسى المبدأ المتقدم . وبالرغم ان المادة جاءت فى سياق تنظيم عقد القرض الا أن الفقه الفرنسى يجعل من حكمها مبدأ عاماً من مبادىء القانون الخاص . انظر . BETANT-ROBET: Prêt, Encyclopédie Dalloz Civil, VI, No 336.

ولذلك نرجح ان النص على زيادة الأجرة على ضوء المعدل المتفق عليه مقصود فى عقود التأجير التمويلى ، اذ على ضوء مصالح شركات التأجير التمويلى لا تحتمل الإنتقاص من الاجرة الإجمالية المستحقة لها . وبالتالى فهى لا تعتد فى المعدل المتحرك الا بحركته صعوداً دون حركته هبوطاً .

ثانياً : شروط الوفاء بالاجرة طبقاً لعقد التأجير التمويلى :

٣٧٢ – تتضمن عقود التأجير التمويلى أحكاماً خاصة باستحقاق الأجرة من حيث تحديد زمان ومكان الوفاء بها ، كما تتولى تحديد جزاء الاخلال بالتزام المستفيد بالوفاء سواء فى حالة الامتناع عن الوفاء أو التأخير فيه . وتشترط شركات التأجير التمويلى تقديم المستفيد لبعض الضمانات تؤمنها من خطر اعساره .

لذلك نعرض لأحكام استحقاق الاجرة ، ثم لجزاء الاخلال بالوفاء بها ، واخيراً لضمانات الاجرة التى يستوجبها عقد التأجير التمويلى .

أ) استحقاق الأجـرة :

٣٧٣ – طبقاً لعقود التأجير التمويلى يكون قسط الاجرة مستحقاً فى بداية مدة الانتفاع المقابلة له [١] . ويشيع استحقاق الاجرة فى أول مدة الانتفاع فى عقود الايجار التقليدية ، ذلك ان التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة يلزم الوفاء به منذ ابرام عقد الايجار مما يبرر استحقاق الالتزام المقابل له أى الوفاء بالاجرة فى بداية الانتفاع . ولكن يلاحظ ان ما تقضى به عقود التأجير التمويلى فى هذا الصدد يخرج عما هو مستقر عليه فى عمليات منح الائتمان بوجه عام اذ لا يلتزم المؤتمن برد أصل الدين والوفاء بالفوائد التى قد تكون مقررة إلا فى نهاية مدة الائتمان. ذلك ان مفهوم الائتمان يقتضى الفصل الزمنى بين اداءات الطرفين : مانح الائتمان

---

(١) WALTER, op. cit., p. 54. TRISTAN, op. cit., p. 12. PACE: Pratique..., op. cit., p. D 10. GAVALDA, op. cit., 2° cahier, No 16.

ومتلقى الائتمان [١] .

ويترتب على ذلك ان يكون أول قسط من أقساط الأجرة مستحقاً عند بدء المستفيد بالانتفاع بالاصل . وهذا ما تقضى به عقود التأجير التمويلى بنصها على استحقاق أول قسط من الاجرة فى تاريخ استلام المستفيد للأصل [٢] .

وتجدر الاشارة فى هذا الصدد إلى أنه فى فرض شراء الأصل ، منقولاً كان أو عقاراً ، لا تلتزم شركة التأجير التمويلى بدفع ثمن الشراء إلى البائع الا عند تلقيها محضر استلام الأصل الذى يفيد تمام تنفيذ البائع لإلتزامه بالتسليم . ومؤدى ذلك أن يكون أول قسط للأجرة مستحقاً قبل توظيف شركة التأجير التمويلى رأسمالها ، أو فى أفضل الأحوال تتحقق الواقعتان فى تاريخ واحد . واذا قيل بان الشركة تقوم بتجميد رأسمالها لحساب عقد التأجير التمويلى منذ تاريخ ابرامه ، الا أن ذلك لا ينفى أن المستفيد يوفى بأول أقساط الأجرة دون ان يقابل ذلك تمتعه بالائتمان خلال المدة المقابلة له . وبالتالى لا توازى مدة الائتمان التمويلى مدة العقد ذاته وانما توازى مدة الايجار بعد خصم مدة واحدة من مدد الانتفاع التى يقابل قسط من اقساط الأجرة . وفى الفروض التى يتقرر فيها التزام المستفيد باداء القيمة المتبقية للأصل على سبيل ثمن التملك يتحقق كامل إهلاك رأسى المال باداء تلك القيمة ، وفى مثل هذه الفروض يمكن القول مجازاً أن مدة الائتمان توازى مدة العقد .

وفى فرض التأجير التمويلى اللاحق لا يكون هناك تسليم وتسلم للأصل من الوجهة المادية ، وبالتالى يكون أول قسط من أقساط الأجرة مستحقاً فى تاريخ ابرام عقدى البيع والتأجير التمويلى . الا أن العادة جرت على خصم مقدار الاجرة من ثمن شراء الشركة للأصل حيث لا تقوم الشركة فى الغالب باداء الثمن فى اليوم ذاته الذى يتم فيه ابرام العقدين المذكورين . ويتضح من ذلك ان المستفيد لا يفيد فى واقع الأمر

---

(١) RODIERE et RIVES-LANGE, op. cit., p. 273 No 218. FERRONNIERE et DE CHILLAZ, op. cit., p. 241 No 252.

(٢) PACE: Pratique..., op. cit., p. D 10. BAKOUKA, op. cit., p. 180. BALME, op. cit., No 178.

من كامل الثمن بالرغم من ان الفائدة الإجمالية للتأجير التمويلى اللاحق تحسب على أساس كامل الثمن .

وفى فرض بناء العقار يسود المبدأ ذاته أى استحقاق أول قسط للأجرة من تاريخ تسلم المستفيد للعقار . الا أن المستفيد يلتزم باداء مقدمات الأجرة أى قبل الاستلام وبالتالى الانتفاع بالعقار . لكن مقدمات الأجرة بوصفها عوائد رأسمال الشركة الذى توظفه فى تمويل تكلفة بناء العقار عبر مراحله المختلفة تكون بالتالى مستحقة نتيجة لهذا التوظيف ، ولا جدوى والحال هذه من انتظار بدء الانتفاع بالعقار لأدائها ، بل أن التأخير يترتب عليه زيادة عبء تكلفة التمويل التى يتحملها المستفيد .

٣٧٤ – ومما تقدم يجب فى نظرنا التحفظ بشأن ما قيل عن التأجير التمويلى بأنه تمويل كامل لاستثمار المستفيد اذ يرد الائتمان الممنوح على ثمن الشراء أو تكلفة البناء [١] . ويبرز الفقه خاصية التمويل الكامل بوصفها أهم مميزات اللجوء إلى التأجير التمويلى [٢] . واذ لا يلتزم المستفيد بالمساهمة فى تمويل الاستثمار فإنه قد يرتكن إلى العوائد التى يدريها الأصل المؤجر فى مواجهة الاعباء المالية الناشئة عن العقد [٣] . وحيث ان المستفيد يلتزم بسداد أول اقساط الأجرة فى بداية الانتفاع بالاصل أو حتى من قبل ذلك فى فرض الوفاء بمقدمات الأجرة ، لا يمكن القول بان السداد يتم

---

(١) CROIZAT, op. cit., p. 36. MERA, op. cit., p. 51 ROLIN, op. cit., p. 8. BENDER, op. cit., p. 24. GIOVANOLI, op. cit., p. 33 No 47. GOYET, op. cit., p. 5 No 11. PRINCE AGBODJAN, op. cit., p. 113.

(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 11.N'DIZI op. cit., p. 249. RODERE et RIVES-LANGE, op. cit., p. 411 No 329. BARBE, op. cit., p. 13. BRANDELA, op. cit., p.53. CABRILLAC, op. cit., No 4. SOLAL: Le crédit - bail mobilier, op. cit., p. 277.

(٣) BEY et GAVALA: Le crédit - bail mobilier, op. cit., p. 12. CAPORALE, op. cit., p. 9. PACE: Pratique..., op. cit., p. D 11.

من عوائد استعمال الأصل ، بل ان اداء القسط الأول ابتداء [١] أو اداء مقدمات الأجرة [٢] يجعل خاصية التمويل الكامل محل نظر . وهو ما لا يتضح بصورة جلية الا فى فرض التأجير التمويلى اللاحق وان كان متحققاً فى كافة صور التأجير التمويلى .

وجدير بالذكر ان شركات التأجير التمويلى عمدت إلى جعل القسط الأول من الأجرة مستحقاً بمجرد وضع عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ فى وقت كان للضريبة على القيمة المضافة اثرها السلبى على تكلفة التأجير التمويلى . واستخدمت تلك الشركات استحقاق القسط الأول من الأجرة مقدماً للتخفيف من التفاوت بين التأجير التمويلى وشراء الأصل بواسطة نقود تم اقتراضها . وقد ابرز أحد الباحثين الفرنسيين ذلك من خلال المثال الرمزى الآتى : اذا فرضنا ان قيمة الأصل مائة فرنك وان الضريبة المستحقة عند شرائه عشرون فرنكا ، فإنه بفرض ان التمويل المصرفى يغطى ٨٠ ٪ من ثمن الشراء يوازى التمويل ستة وتسعين فرنكاً نتيجة المعادلة الآتية : $\frac{(٢٠+١٠٠) \times ٨٠}{١٠٠}$. وحيث ان المشترى يسترد الضريبة على الفور فإنها تضاف إلى مبلغ التمويل فيصير وارداً فى واقع الأمر على ١١٦ فرنكا (أى ٩٦ + ٢٠) . بينما يوازى التمويل بموجب التأجير التمويلى ١٢٠ فرنكاً اذ يرد على كل من الثمن الأصلى والضريبة . ويتضح من ذلك ان الفارق بين التأجير التمويلى والشراء بموجب نقود مقترضة يساوى اربعة فرنكات ، وهذا الفارق هو الذى تتحدد به قيمة القسط الأول من أقساط الأجرة . وهكذا تتوصل شركة التأجير التمويلى إلى تذويب الفرق بين التمويل الذى تقدمه وذلك الذى تقدمه مؤسسات الائتمان التقليدية [٣] . وبالرغم من تدخل المشرع عام ١٩٧٢ للتخفيف من الآثار المالية السلبية الناجمة عن فرض الضريبة على القيمة المضافة ، الا أن شركات التأجير التمويلى لم تحد عما استقرت عليه فى شأن استحقاق أول أقساط الأجرة .

---

(١) GAVALDA, op. cit., No 16. TRISTAN, op. cit., p. 12.

(٢) PACE: Les particularités..., op. cit, p. 23.

(٣) BUTTNER, op. cit., p. 57.

٣٧٥ – اما من حيث مكان الوفاء بالاجرة تتضمن عقود التأجير التمويلى شرطاً نمطياً بمقتضاه تكون أقساط الأجرة محمولة لا مطلوبة [(١)] ، بمعنى أنه يتعين على المستفيد التوجه إلى شركة التأجير التمويلى للوفاء بكل قسط عند حلول اجله . ولذلك يعتبر مركز شركة التأجير التمويلى هو مكان الوفاء بالأجرة .

ويأتى الاتفاق على تحديد مكان الوفاء بالاجرة بالمخالفة لحكم القواعد العامة التى تقضى بان الدين يكون مطلوباً لا محمولاً [(٢)] . لكن الحكم المتقدم غير متعلق بالنظام العام وبالتالى يجوز للطرفين الاتفاق على مخالفته .

ويترتب على ضرورة حمل المستفيد قسط الأجرة إلى شركة التأجير التمويلى مزيد من الاعباء على عاتقه ، فضلاً عن تعرضه للمسئولية عن التأخير فى الوفاء اذ لم يحسن إدارة مديونيته فى حين ان مطالبة الشركة للأجرة تعفيه من عناء تلك الإدارة وما قد يترتب عليها من مسئولية تقع على عاتقه .

ب) جزاء الاخلال بالوفاء بالاجرة :

٣٧٦ – تختلف صورة الاخلال بالالتزام باداء الاجرة بين امتناع المستفيد عن الوفاء بها ومجرد تأخره فى الوفاء . ويرجع امتناع المستفيد عن الوفاء فى الغالب إما إلى منازعته فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى بسبب ما يعوق استعمال الأصل المؤجر فى الوجه المخصص له ، واما إلى عجز المستفيد الطارىء عن مواجهة الاعباء الناشئة عن العقد . ولئن كان من الوجهة النظرية يمكن دائماً تصور الفرض الذى يكون فيه المستفيد سيء النية الا أنه بالنظر إلى الآثار الوخيمة التى تترتب على امتناعه عن الوفاء يندر ان يمتنع المستفيد عن الوفاء بالاجرة لمجرد اتجاه نيته إلى عدم المضى فى تنفيذ العقد [(٣)] .

---

(١) PACE: Pratique..., op. cit., p. D 11.

(٢) المادة ١٢٤٧ من التقنين المدنى الفرنسى المعدلة بموجب اللائحة التنظيمية رقم ٥٨ – ١٢٩٨ بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٥٨ .

(٣) وجدير بالذكر ان العض يعتبر المستفيد سيء النية إذا حاول تبرير امتناعه عن الوفاء بالاجرة بعدم صلاحية الأصل للاستعمال أو ما يعتريه من عيوب أو انقطاع الاستعمال برد الأصل إلى البائع ، =

وفى حالة امتناع المستفيد عن الوفاء بالاجرة تستطيع شركة التأجير التمويلى التنفيذ بموجب احد الضمانات المقررة لها بموجب العقد والتى سوف نعرض لها بعد حين . كذلك تستطيع الشركة طلب فسخ العقد ، ويكون ذلك بإعمال الشرط الفاسخ الصريح الوارد به فضلاً عن الزام المستفيد بدفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى الوارد بالعقد ايضاً . ولقد اشارنا فى مقدمة الحديث عن أحكام عقد التأجير التمويلى اننا سوف نفرد مبحثاً مستقلاً لموضوع الفسخ نظراً لأهميته وما يثيره من منازعات يدور حولها جل الدعاوى المرفوعة من قبل المستفيدين بمناسبة تنفيذ عقد التأجير التمويلى . وما فرضه على المشرع الفرنسى من ضرورة التدخل بتعديل القواعد العامة فى الشرط الجزائى [1] .

ويبقى امامنا اذن ان نعرض فى هذا المقام لجزاء تأخر المستفيد فى الوفاء بقسط من اقساط الاجرة استحق بحلول أجله ، وذلك على ضوء ما يتضمنه عقد التأجير التمويلى من أحكام .

٣٧٧ – منذ بدء نشاط التأجير التمويلى فى فرنسا دأبت الشركات العاملة فى هذا المجال على تضمين العقود التى تبرمها مع عملائها شرطاً بمقتضاه يتم تحديد الجزاء المترتب على تأخر المستفيد فى الوفاء بأى من أقساط الأجرة عند حلول اجله .

اما عن كيفية تحديد هذا الجزاء فإنه يجب التمييز بين عقود التأجير التمويلى للمنقولات وعقود التأجير التمويلى العقارى : ففى الأولى يفرض على المستفيد اداء تعويض يتحدد بنسبة ثابتة من القيمة الشهرية لقسط الاجرة [2] . وعادة ما كانت

= وحال الشركة معفاة من المسئولية عن كل ذلك :

BEY: Note sous Cour d' appel de Paris, 5°chambre B, 2 février 1989, Gazette du Palais, juin 1989, 2, 17.

(١) PAISANT: Note sous Cour d' appel de Paris, 5° chambre A, 11mars 1987, Dalloz 1987, jurisprudence 492.

(٢) ويعنى ذلك أنه فى الفرض الذى تكون فيه اقساط الاجرة شهرية ، يتحدد التعويض عن التأخير بواقع النسبة المحددة لقيمة القسط الذى حل . اما إذا كانت اقساط الأجرة فصلية أو نصف سنوية أو سنوية فإنه يتم حساب التعويض على أساس قيمة القسط الذى يفترض استحقاقه شهرياً .

تتحدد هذه النسبة بواقع ١ ٪ من قيمة القسط . ويلاحظ ان التعويض المشار إليه يكون مستحقاً عن التأخير في الوفاء عن كل شهر يمتد إليه هذا التأخير ، ويعتبر بصريح نص العقد كل شهر يلى الشهر الأول للتأخير تاماً عند حساب التعويض بغض النظر عن عدد ايام التأخير الفعلية [١] . اما في عقود التأخير التمويلى العقارى ونظراً لإرتفاع قيمة اقساط الأجرة كان مقدار التعويض يتحدد بمبلغ نقدى ثابت يقضى به العقد . ولقد تفاوت هذا المبلغ بين مختلف العقود اذ يتوقف قدره على قيمة العقار المؤجر فضلاً عن الأضرار التى تلحق بشركة التأجير التمويلى بسبب التأخير في الوفاء [٢] .

وفي كل الأحوال تقضى عقود التأجير التمويلى بالتزام المستفيد باداء جميع النفقات الناشئة عن اخطار الشركة المستفيد بحلول الأجل [٣] .

٣٧٨ - الا أنه مع صدور القانون رقم ٧٥ - ٦١٩ بتاريخ ١١ يوليو ١٩٧٥ في شأن المسئولية عن التأخير [٤] لم يعد اتفاق الطرفين الخاص بتحديد التعويض عن التأخير صحيحاً يعتد به . فموجب المادة الرابعة من القانون المذكور تم تعديل المادة ١١٥٣ من التقنين المدنى ، وبمقتضاها لم يعد من الجائز في حالة التأخير في الوفاء بالتزام نقدى سوى اقتضاء الفوائد التأخيرية بسعرها القانونى . واذ تتعلق أحكام قانون ١١ يوليو ١٩٧٥ بالنظام العام ، وهى تسرى في شأن العقود قاطبة بوصفها من القواعد العامة ، لم يعد في مقدور شركة التأجير التمويلى تحديد التعويض اتفاقاً على نحو مغاير للقانون . وحيث أن قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ الخاص بالتأجير التمويلى لا يتضمن أى نص خاص في هذا الصدد ينحسر سلطان ارادة طرفى العقد إلى النص على احتفاظ الشركة الممولة بحقها في التعويض عن التأجير طبقاً لأحكام القانون .

---

(١) PACE: Pratique..., op. cit., p. D 12.
(٢) BALME, op. cit., No 180.
(٣) WALTER, op. cit., p. 54.
(٤) Journal Officiel, 12 juillet 1975, p. 7180. Dalloz 1975, Législation 255.

ويراعى أنه حتى عام ١٩٨٩ كان سعر الفائدة القانونية يختلف بحسب طابع العقد المدنى أو التجارى ، فكان ٤ ٪ فى المسائل المدنية و٥ ٪ فى المسائل التجارية [١] . وكان الأمر آنذاك يقتضى تحديد مدى اعتبار عقد التأجير التمويلى من الاعمال التجارية : فهو عمل تجارى دائماً بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى اذ يعد شراء لأجل تأجير منقول أو عقار [٢] . اما بالنسبة إلى المستفيد التاجر فيعتبر عقد التأجير التمويلى للمنقولات عملاً تجارياً بالنسبة إليه وذلك تطبيقاً لنظرية الاعمال التجارية بالتبعية . كذلك فيما يتعلق بعقد التأجير التمويلى العقارى اذ يتجه الفقه والقضاء إلى مد نظرية الاعمال التجارية بالتبعية إلى العقود التى تمنح التاجر حقاً شخصياً يرد على عقار [٣] . واخيراً ففى الفروض التى لا يكون فيها المستفيد متمتعاً بصفة التاجر فإن عقد التأجير التمويلى ، سواء كان وارداً على منقول أو عقار ، يعد عملا مدنياً بالنسبة إليه . وفى هذه الفروض يجب إعمال سعر الفائدة القانونية الخاص بالمسائل المدنية لأن العقد يأخذ وصف العمل المختلط ، ومن المقرر أنه فى الأحوال التى يتعين فيها ترجيح أى من الحكم التجارى أو المدنى ، وهو ما يكون على وجه الخصوص فى شأن الفوائد، تكون العبرة بوصف العمل بالنسبة إلى المدين بتلك الفوائد أى المستفيد .

وفى عام ١٩٨٩ تم تعديل المادة الأولى من قانون ١١ يوليو ١٩٧٥ بموجب

---

(١) وذلك طبقاً لآخر تشريع كان قد صدر فى هذا الصدد وهو المرسوم بقانون الصادر فى ٨ أغسطس ١٩٣٥ .

(٢) ذلك أنه منذ صدور القانون رقم ٦٧ - ٥٦٣ بتاريخ ١٣ يوليو ١٩٦٧ فى شأن التسوية القضائية والافلاس ، تم تعديل المادة ٦٣٢ من التقنين التجارى الفرنسى بموجب المادة ١٥١ - ٢ من القانون المذكور واصبح شراء العقارات لأجل بيعها من الأعمال التجارية . ومن المقرر أن للشراء مفهوماً واسعاً يشمل كل تملك للمال بمقابل ، وبالتالى يعد بناء العقار لحساب شركة التأجير التمويلى عملاً تجارياً بالنسبة إليها . وكذلك يلحق التأجير بالبيع فى حكم تجارية الشراء .

(٣) انظر فى ذلك : RODIERE et HOUIN: Droit commercial, Précis Dalloz, Paris, 6° édition 1970, No 37.

المادة ١٢ - ١ من القانون رقم ٨٩ - ٤٢١ بتاريخ ٢٣ يونيو ١٩٨٩ [١] ، وبمقتضاه يتم تحديد سعر الفائدة القانونية فى جميع المسائل بموجب لائحة تتولى تحديده لكل سنة ميلادية . ويتضح من ذلك ان سعر الفائدة القانونية صار موحداً بين المسائل المدنية والمسائل التجارية [٢] ، وبالتالى لم يعد هناك مجال للتساؤل حول تجارية عقد التأجير التمويلى فى شأن تحديد التعويض عن التأخير فى الوفاء بالأجرة .

ونشير أخيراً إلى أنه طبقاً للمادة الخامسة من قانون ١١ يوليو ١٩٧٥ لا تسرى الفوائد التأخيرية الامن تاريخ التنبيه على المدين بالوفاء ، وبالتالى يتعين على شركة التأجير التمويلى اتخاذ الإجراء المتقدم لإقتضاء التعويض عن التأخير فى الوفاء بالأجرة وبغض النظر عما يقضى به عقد التأجير التمويلى فى هذا الخصوص . ويلاحظ ان التنبيه بالوفاء يختلف عن الاعذار اذ لا يتطلب القانون فى شأنه شكلاً خاصاً ، ويمكن إقامة الدليل على اتخاذه بكافة طرق الاثبات إذا ما تعلق الأمر بعقد يعد الأعمال التجارية . ولا يحول التزام شركة التأجير التمويلى بالتنبيه على المستفيد بالوفاء دون إمكانية الاتفاق على أن يتحمل المستفيد جميع النفقات التى تتكبدها الشركة بمناسبة اتخاذ هذا الإجراء .

---

(١) Journal Officiel, 29 juin 1989. JCP 1989 III 62881.

(٢) فتطبيقاً للحكم الذى استحدثه قانون ١٩٨٩ صدرت أول لائحة بتحديد سعر الفائدة القانونية وهى اللائحة رقم ٨٩ - ٦٢٢ بتاريخ ٦ سبتمبر ١٩٨٩ (Journal Officiel, 7 septembre 1989. JCP 1989 III 63117.) ، وتم تحديد سعر الفائدة بنسبة ٧,٨٢٪ على ان يسرى حتى ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ . وفى بداية عام ١٩٩٠ صدرت اللائحة رقم ٩٠ - ٨ بتاريخ ٤ يناير ١٩٩٠ (Journal Officiel, 5 janvrier 1990. JCP 1990 III 63489) ، وتحدد السعر لعام ١٩٩٠ بنسبة ٩,٣٦٪ . ولعام ١٩٩١ صدرت اللائحة رقم ٩١ - ١٣١ بتاريخ أول فبراير ١٩٩١ (Journal Officiel, 3 févier 1991. JCP 1991 III 64553.) وتحدد سعر الفائدة بنسبة ١٠,٢٦٪ . ولعام ١٩٩٢ بنسبة ٩,٦٩٪ بموجب لائحة ٥ مارس ١٩٩٢ (Journal Officiel, 7 mars 1992. JCP 1992 III 65415.) . واخيرا لعام ١٩٩٣ بنسبة ١٠,٤٪ بموجب اللائحة رقم ٩٢ - ١٣٦١ بتاريخ ٢٤ ديسمبر ١٩٩٢ (Journal Officiel, 30 décembre 1992. JCP 1993 III 65851.) .

جـ) ضمانات الوفاء بالإجرة :

٣٧٩ - رأينا أن حق ملكية الأصل الذى تكتسبه شركة التأجير التمويلى وتحتفظ به يمثل الضمان الجوهرى المقرر لها ضد مخاطر اعسار المستفيد . الا أن عقد التأجير التمويلى بوصفه قانوناً عقد إيجار لا يظهر حق الملكية بمثابة ضمان وفاء المستفيد بالأجرة ، وكل ما فى الأمر أن لشركة التأجير التمويلى سلطة تأجير الأصل استناداً إلى ملكيتها له دون حاجة إلى تضمين العقد ما يفيد احتفاظها بها طوال مدة العقد .

ومع ذلك لا تكتفى شركات التأجير التمويلى بالضمان الذى يتقرر لها من واقع ملكيتها للأصل ، وانما تفرض على المستفيد تقديم بعض الضمانات للوفاء بالأجرة المتفق عليها . وتتمثل أهم هذه الضمانات فى التأمينات العينية والكفالة والتأمين على الحياة .

١ - التأمينات العينية :

٣٨٠ - تشترط عقود التأجير التمويلى فى بعض الأحوال تقديم المستفيد تأمين عينى لضمان الوفاء بالأجرة . ولئن كانت الشركات الممولة تكتفى احياناً بما هو مقرر لها من حق ملكية الأصل ولا تثقل عاتق المستفيد بوجوب تقديم تأمين عينى [١]، الا أنه من الملاحظ أنه فى المجال العقارى كثيراً ما تشترط الشركة ارتهان أحد الأصول العقارية المملوكة للمستفيد [٢] .

وفى فرض اللجوء إلى تأسيس الشركة المدنية العقارية تشترط شركة التأجير التمويلى ارتهان الحصص المملوكة للمستفيد فى تلك الشركة [٣] .

أما فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات تشترط الشركة الممولة ارتهان المحل

---

(١) فى هذا المعنى : CALON: La location..., op. cit., p. 98. DE JUGLART et IPPOLITO, op. cit., p. 383 No 1712.

(٢) BALME, op. cit., No 79.

(٣) PACE: Economie.., op. cit., p. 82. BOSC, op. cit., p. 9.

التجارى المملوك للمستفيد . وإذا كان المستفيد من الاشخاص المعنوية كثيراً ما تشترط ارتهان الحصص المملوكة للمديرين فى الشركة [١] .

وأخيراً قد يفرض العقد على المستفيد ايداع مبلغ نقدى لدى أحد البنوك يخصص لضمان وفاء المستفيد بالمبالغ المستحقة لشركة التأجير التمويلى [٢] . ويشترط فى الغالب أن يكون مبلغ الوديعة مساوياً لعدد محدد من أقساط الأجرة [٣] .

ويلاحظ أنه من النادر ان تشترط شركة التأجير التمويلى الحصول على كافة هذه الضمانات العينية ، وانما الغالب ان تكتفى ببعض منها . وهو فى كل الأحوال ما يزيد من اعباء المستفيد لصيانة حقوق الشركة الممولة رغم وقايتها الفعالة بما هو مقرر لها من حق ملكية الأصل المؤجر .

٢ - الكفـــالة :

٣٨١ - على خلاف التأمينات العينية تشترط عقود التأجير التمويلى دائماً ان يقدم المستفيد للشركة الممولة كفيلاً يضمن الوفاء بالمبالغ التى تكون مستحقة لها . ولقد رأينا ونحن بصدد العرض للبيانات التى يجب على المستفيد الادلاء بها فى طلب ابرام العقد ان من بين تلك البيانات مدى إمكانية تقديم المستفيد كفيل للشركة .

ويتضح من ذلك ان الكفالة تعد من العناصر اللازمة بعقد التأجير التمويلى دون ان ترقى مع ذلك إلى مصاف الركن الاساسى فيه . ويرجع لزوم الكفالة إلى اشتراطها بصفة نمطية فى كافة عقود التأجير التمويلى .

---

(١) BEY et GAVALDA : le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 76. N'DIZI, op. Cit., p. 140.

(٢) CHAMPAUD: JCP 1965, op.ccit., No 16. CROIZAT, op. Cit., p. 11. CALAIS - AULOY, op. cit., No 59. BALME, op. cit., No 79.

(٣) GAULLIER, op. cit., p. 754. CABRILLAC, op. cit., No 31. N'DIZI, op. cit., p. 141.

ولا تكتفى شركات التأجير التمويلى باشتراط تقديم المستفيد لكفيل وانما تشترط تقديم شخص محدد يقبل كفالة المستفيد . ويكون ذلك فى الغالب إذا كان المستفيد من الاشخاص المعنوية : فقد تشترط شركة التأجير التمويلى كفالة المدير إذا كان المستفيد شركة ذات مسئولية محدودة ، أو عضو مجلس إدارة شركة المساهمة أو أحد المساهمين المالكين لأغلبية الأسهم فيها [١] . وإذا كان المستفيد من الشركات الوليدة تشترط شركة التأجير التمويلى كفالة الشركة الام [٢] . اما إذا كان المستفيد من الاشخاص الطبيعية فقد تشترط الشركة كفالة أحد البنوك أو مؤسسات الضمان التبادلى Organisme de caution mutuelle [٣] .

وفى سبيل تشجيع المشروعات صغيرة ومتوسطة الحجم على اللجوء إلى التأجير التمويلى تدخلت الدولة الفرنسية من خلال أحد أجهزتها المتخصصة [٤] لكفالة تلك المشروعات فى مواجهة شركات التأجير التمويلى . وقد ادى تدخل الدولة إلى الزيادة المطردة فى لجوء المشروعات صغيرة ومتوسطة الحجم إلى تمويل استثمارتها عن طريق التأجير التمويلى [٥] .

وتشترط عقود التأجير التمويلى ان تكون الكفالة تضامنية . وبالتالى لا يحق للكفيل ان يتمسك فى مواجهة الشركة الممولة بالدفع بالتقسيم أو الدفع بالتجريد ، كذلك تستطيع الشركة الرجوع مباشرة على الكفيل دون حاجة إلى الرجوع أولاً على المستفيد . ولا تخفى أهمية ذلك اذ يكون الكفيل غالباً أكثر يساراً من المستفيد ، والفرض أنه امتنع عن الوفاء بأحد أقساط الأجرة .

---

(١) BAKOUKA, op. cit., p. 130. OUERDRAOGO. op. cit., p. 93. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 31.

(٢) CROIZAT, op. cit., p. 112.

(٣) PACE: Economic..., op. cit., p. 82. BOSC, op. cit., p. 9.

(٤) وهو الصندوق القومى لعقود الدولة : Caisse Nationale Des Marchés de l' Etat المعروف اختصاراً بحروفه الأولى CNME .

(٥) BAUGAS, op. cit., p. 45.

وإذا كان تضامن الكفيل يتوقف على ما يتم الاتفاق عليه فى عقد الكفالة الذى يربط بين الكفيل وشركة التأجير التمويلى الا أن عقد التأجير التمويلى يفرض على المستفيد تقديم كفيل يقبل ان يكون متضامناً معه .

٣٨٢ - ولقد ثار الخلاف حول تحديد نطاق الكفالة فى حالة النص عليها بعبارات عامة دون تحديد دقيق لما يشمله التزام الكفيل . وان كان الإجماع قد انعقد حول كفالة التزام المستفيد بالوفاء بالاجرة الا أن الخلاف تعلق بكفالة التزامه بدفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى المنصوص عليه فى حالة فسخ عقد التأجير التمويلى لإخلال المستفيد بتنفيذ التزاماته العقدية .

ولقد ذهبت محكمة ليل الابتدائية فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٧٤ إلى أنه بالرغم من عدم النص صراحة فى عقد الكفالة على ضمان وفاء المستفيد بالتعويض عن الفسخ الا ان التزام الكفيل يشمله . وقد ايدت محكمة دوى الاستئنافية فى ١٥ابريل ١٩٧٥ حكم محكمة أول درجة كما رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن المقدم من الكفيل الذى نعى على الحكم الاستئنافى الزامه بدفع التعويض عن الفسخ بالرغم من سكوت عقد الكفالة عن النص على شمول التزام الكفيل بدفع هذا التعويض [١] .

ولقد انتقد جانب من الفقه ما ذهبت إليه المحكمة العليا لأن النص على التزام الكفيل بعبارات عامة يقصر التزامه على ضمان وفاء المستفيد بالالتزام العقدى الرئيسى الذى يقع على عاتقه بمقتضى عقد التأجير التمويلى الا وهو التزامه بالوفاء بالاجرة . وبالتالى ففى حالة تخلف الاتفاق الصريح على شمول الكفالة التزام المستفيد بدفع التعويض عن الفسخ لا يكون الكفيل ملزماً باداء التعويض [٢] .

---

(١) Cassation civile, 1° chambre, 8 février 1977, JCP 1979 II 19095, note JAQUEMONT.

(٢) GAVALDA, op. cit., 2° cahier, No 32.

وفى واقع الأمر يرجع الخلاف إلى ترجيح أحد جوانب الكفالة على جوانبها الأخرى : فإذا أخذنا فى الاعتبار خاصية الكفالة بوصفها تابعة للالتزام الأصلى المكفول يمكن الاحتجاج فى مواجهة الكفيل بالتزام المستفيد بدفع التعويض عن الفسخ ، على اعتبار أنه التزام حل محل التزامه الرئيسى الأصلى المتمثل فى الوفاء بالاجرة . اما إذا أخذنا فى الاعتبار ان عقد الكفالة يبرم بين الكفيل والدائن فإن مقتضى مبدأ نسبية آثار التصرفات عدم جواز الاحتجاج فى مواجهة الكفيل بما يقضى به عقد التأجير التمويلى من التزام المستفيد بدفع التعويض عن الفسخ ، حيث ان الكفيل يظل اجنبياً عن ذلك العقد . وقد تبنت محكمة النقض الفرنسى النظر الأول بينما رجح الفقه المعارض الاعتبار الثانى .

وفى تقديرنا يجب الاعتداد باستقلال عقد الكفالة عن العقد الذى يكون مصدراً للالتزام الأصلى المكفول ، وهو ما يجعلنا نميل إلى ما اتجه إليه الفقه دون محكمة النقض الفرنسية . خاصة ان المحكمة العليا جعلت من التزام المستفيد بدفع التعويض عن الفسخ التزاماً تخييرياً وبالتالى يشمله التزام الكفيل ، ومن المقرر ان الالتزام التخييرى يختلف كل الاختلاف عن الشرط الجزائى [1] .

ويضاف إلى ذلك ان النص بعبارات عامة على تعهد الكفيل الوفاء بالتزامات المستفيد العقدية لا يدرك التزامه بدفع التعويض عن الفسخ . ذلك أنه من المقرر ان التعويض عن فسخ العقد يستند إلى المسئولية التقصيرية وليس إلى المسئولية العقدية ، اذ يكون التعويض مستحقاً عن الضرر الناجم عن خطأ المستفيد لا عن اخلاله بتنفيذ التزامه العقدى . وبعبارة أخرى لا يعتبر التزام المستفيد بدفع التعويض عن الفسخ التزاماً عقدياً وبالتالى لا يشمله التزام الكفيل . ولا يحول دون ذلك الاتفاق المسبق على تحديد مقدار التعويض إذ من الثابت أنه يجوز الاتفاق على ذلك فى مجال المسئولية التقصيرية .

---

(١) انظر فى ذلك : الدكتور عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ، سابق الاشارة إليه ، الجزء الثالث ، ص ١٤٦ ف ٨٨ .

ولا يخفى ان ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية فيه تمييز لشركات التأجير التمويلى اذ تستطيع الرجوع على الكفيل بدفع التعويض عن الفسخ ، فيتحقق بذلك حصولها عليه من شخص موسر وحال المستفيد قد امتنع عن الوفاء بالاجرة مما ترتب عليه فسخ عقد التأجير التمويلى واستحقاق التعويض طبقاً للشرط الجزائى المنصوص عليه .

ولا يمكن ادراك منهج المحكمة العليا الا بأخذ الطابع المالى للتأجير التمويلى فى الاعتبار ، ذلك أنه ينتج عن الاعتداد بالطبيعة المالية لخدمة شركة التأجير التمويلى اعتبار التزام المستفيد باداء جميع دفعات الأجرة دينا واحداً مقسطاً فيكون الشرط الجزائى فى واقع الأمر اسقاطاً لآجال الاقساط . الا أنه لا يترتب على سقوط أجل الالتزام الأصلى سقوط أجل التزام الكفيل ما لم يتفق على ذلك [1] ، فبافتراض ان عقد الكفالة كان قد اغفل النص على سقوط أجل التزام الكفيل ما استطاع القضاء الزامه بدفع الدين الأصلى الذى سقطت آجاله . اما وقد تم التمييز بين الالتزام الرئيسى بدفع الأجرة والالتزام بدفع التعويض عن الفسخ أمكن لمحكمة النقض الفرنسية الزام الكفيل بدفع التعويض بالرغم من سكوت عقد الكفالة عن الزام الكفيل . ومما يؤكد أن المحكمة العليا اعتدت بالطابع المالى للتأجير التمويلى فى حكمها المشار إليه ان ذات الغرفة المدنية فى قضية مماثلة وانما تتعلق بعقد ايجار تقليدى قضت بما يخالف ما ذهبت إليه فى شأن التأجير التمويلى [2] .

ان محكمة النقض الفرنسية تلتزم صحيح القانون فى شأن الايجار التقليدى . لكن بصدد التأجير التمويلى يتوارى التزامها بتطبيق صحيح القانون خلف موجبات حماية مصالح شركات التأجير التمويلى !

---

(١) JAQUEMONT, note précitée.

(٢) Cassation civile, 1° chambre, 21 juillet 1970, Dalloz 1970, jurisprudence 671.

٣ - التأمين على الحياة :

٣٨٣ - المستفيد فى عقد التأجير التمويلى إما ان يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً . وإذا كان المستفيد من الشركات فإنه لا يخشى فى الغالب انقضاؤها قبل بلوغ عقد التأجير التمويلى منتهاه ، ذلك ان عقد الشركة إذا كان محدد المدة تعمد شركة التأجير التمويلى إلى تحديد مدة العقد بما لا يجاوز مدة عقد الشركة بحيث تتفادى آثار تصفية الشركة السلبية على المضى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى . اما إذا كان عقد الشركة غير محدد المدة ، كما هو الغالب فى الشركات التى تضطلع بأنشطة اقتصادية ، فإن المجرى العادى للأمور يبقى شركة التأجير التمويلى بمنأى عن انقضاء شركة المستفيد وبالتالى انقضائها قبل تمام تنفيذ عقد التأجير التمويلى .

ويتضح من ذلك مدى حرص شركة التأجير التمويلى على تنفيذ عقد التأجير التمويلى بواسطة شخص المستفيد دون غيره . ولا يمكن ادراك حكمة ذلك الا بالرجوع إلى الطابع المالى الصرف للتأجير التمويلى . فمن المقرر ان منح الائتمان بوجه عام يقوم على عنصر الثقة التى يوليها مانح الائتمان إلى متلقيه [١] ، مما يضفى على علاقت الائتمان العقدية صبغة الاعتبار الشخصى [٢] . ويقر الفقه الفرنسى ما يتسم به عقد التأجير التمويلى من اعتبار شخصى [٣] ، باعتباره تعبيراً عن علاقة ائتمانية تفترض ثقة الشركة الممولة فى شخص المستفيد [٤] ، فيصبح شخص هذا الأخير محل

(١) RODIERE et RIVES-LANGE, op. cit., p. 273 No 218. FERRONNIERE et De CHILLAZ, op. cit., p. 241 No 252.

(٢) DE JUGLART et IPPOLITO, op. cit., p. 34 No 1502.

(٣) BEY et GAVALDA: le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 44. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 45. CALAIS-AULOY, op. cit., No 92. BAKOUKA, op. cit., p. 22. OUERDRAOGO, op. cit., p. 304. BALME, op. cit., No 98.

(٤) LAURE, op. cit., p. 797. EL KRIMI, op. cit., p. 12. GOYET, op. cit., p. 46 N(63).

اعتبار جوهرى لدى شركة التأجير التمويلى مانحة الائتمان [١] .

ومن هنا يبرز الأثر المترتب على وفاة المستفيد الفرد من زوال الاعتبار الشخصى فى عقد التأجير التمويلى . لذلك تتضمن عقود التأجير التمويلى شرطاً نمطياً يقضى بانقضاء العقد بمجرد وفاة المستفيد ، وهو من بين الشروط التى يستنبط الفقه وجود الاعتبار الشخصى فى مثل تلك العقود [٢] .

فالأصل طبقاً للقواعد العامة ان عقد الايجار لا ينتهى بوفاة المستأجر مما يترتب عليه المضى فى تنفيذه مع ورثة المستأجر [٣] . فإن ترك الأمر بالتالى للقواعد العامة تضطر شركة التأجير التمويلى للمضى فى تنفيذ العقد مع ورثة المستفيد ، وقد لا يتوافر فى هؤلاء عنصر الثقة التى كانت توليه الشركة لشخص المستفيد . وحيث ان حكم القواعد العامة المشار إليه لا يتعلق بالنظام العام [٤] تستبعده عقود التأجير التمويلى بنص صريح كما ذكرنا .

٣٨٤ - ويترتب على انقضاء التأجير التمويلى بوفاة المستفيد استرداد شركة التأجير التمويلى للأصل المملوك لها وانقضاء الالتزام بالوفاء بالاجرة . ولا تسرى آثار انقضاء العقد بطبيعة الحال الا بالنسبة إلى المستقبل ، ويترتب على ذلك استبقاء الشركة ما تكون قبضته من المستفيد من أقساط الأجرة اذ قابلت بالفعل انتفاع المستفيد بالأصل قبل وفاته .

الا أن شركة التأجير التمويلى تحتاط للفرض الذى لا تسمح فيه قيمة الأصل السوقية وقت استرداده بتغطية المبالغ التى كانت لتستحق للشركة بفرض المضى فى تنفيذ العقد وبلوغه منتهاه ، أى بعبارة أخرى تغطية اقساط الأجرة المتبقية بالاضافة إلى

---

(١) CALAIS-AULOY, op. cit., No 92.

(٢) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 189. CAPORALE, op. cit., p. 215.

(٣) المادة ١٧٤٢ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٤) GROSLIERE: Bail, op. cit., No. 536.

ثمن التملك المتفق عليه . فهى تفرض على المستفيد ابرام عقد تأمين على حياته لمصلحتها ، أى أنه يتم تحديد شركة التأجير التمويلى كمستفيد بوثيقة التأمين (١) . ويجب الا يقل مبلغ التعويض الذى تتعهد شركة التأمين دفعه عند وفاة المستفيد عن ثمن شراء الأصل أو تكلفة بنائه وهو ما قامت شركة التأجير التمويلى بدفعه عند تملكها الأصل وتمهيداً لوضعه تحت تصرف المستفيد للانتفاع به (٢) .

وهكذا تتأكد شركة التأجير التمويلى من تفادى أية خسارة يمكن ان تنجم عن إنتهاء عقد التأجير التمويلى بسبب وفاة المستفيد : فهى تستبقى ما تكون قبضته من أقساط الاجرة قبل الوفاة ، وتحصل على مبلغ التعويض من شركة التأمين المساوى لأصل رأس المال ، فضلاً عن استردادها الأصل بما يكون له من قيمة سوقية تحصل عليها الشركة بتصرفها فيه (٣) .

ويلاحظ فى هذا الصدد ان قبض مبلغ التأمين قد يكون مصدراً لربح اضافى لشركة التأجير التمويلى إذا مـا حدثت الوفاة بعد ابرام عقد التأجير التمويلى بوقف قليل : ففى هذا الفرض لا يكون استعمال المستفيد للأصل قد أثر بشكل ملحوظ فى صلاحيته مما يعنى إمكانية بيعه مقابل ثمن لا يقل كثيراً عن ثمن تملكه ، فإذا اضيفت إليه مبلغ التعويض الذى تدفعه شركة التأمين يتحقق للشركة الممولة ربح يفوق ذلك الذى كانت لتحصل عليه إذا ما تم تنفيذ عقد التأجير التمويلى بصورة طبيعية . صحيح ان فى هذا الفرض لا تكون الشركـة قد استوفت الا قدراً ضئيلاً من الأجرة الا أنه ما من شك ان الفـائدة الاجمالية المقررة لا تبلغ ثمن تملك الأصـل أو ما يقل عنه قليلاً .

---

(١) BEY et GAVALA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 76. GAUDRION, op. cit., p. 176.

(٢) BEY et GAVALDA, op. cit., p. 76.

(٣) GAUDRION, op. cit., p. 176.

ويتضح من ذلك ان اشتراط التأمين على الحياة ليس ضماناً لاستيفاء الأجرة بقدر ما هو ضمان ضد مخاطر اعادة تسويق الأصل بعد استرداده على اثر انقضاء عقد التأجير التمويلي . واذ يتحمل المستفيد جميع اقساط التأمين ، وذلك بنص صريح فى العقد [1] ، فهو فى واقع الأمر يحتمل تبعة تأمين مصالح الشركة الممولة حتى بعد وفاته وإنتقاله إلى الرفيق الأعلى !

ونشير أخيراً إلى ان شركات التأجير التمويلى استلهمت ممارستها هذه مما شاع فى مجال البيع بالتقسيط من اشتراط البائع ابرام المشترى عقد تأمين على الحياة حتى يأمن مخاطر عدم استيفاء الثمن او ما بقى منه فى حالة وفاة المشترى وعجز ورثته عن سداد المبالغ المستحقة للبائع [2] . ويصبح بالتالى التأجير التمويلى تطبيقاً جديداً لاستغلال التأمين على الحياة فى مجال منح الائتمان .

٣٨٥ - وعلى ضوء ما عرضنا له عن التزام المستفيد بالوفاء بالاجرة يتبين لنا ان تكلفة التمويل عند اللجوء إلى التأجير التمويلى تجاوز كل عبء مالى ينجم عن أى سبيل آخر للتمويل يمكن للمستفيد اللجوء إليه ، مما يؤكد ان التأجير التمويلى يعد فى اغلب الأحوال البديل الأخير للمستفيد فى الحصول على الائتمان [3] . ومع تعاظم الأعباء المالية التى يتحملها المستفيد تزداد مخاطر اعساره وعجزه عن مواجهة تلك الأعباء ، مما يملى على شركة التأجير التمويلى حصولها على أكبر قدر من الضمانات التى تتقى بها المخاطر المشار إليها . وفضلاً عن ملكية الأصل التى تمثل الضمان الجوهرى الذى تتمتع به الشركة الممولة فإنها تطالب بالمزيد من الضمانات يلتزم المستفيد تقديمها فى سبيل الحصول على الائتمان .

---

(١) BEY et GAVALDA: Le crédit -bail immobilier, op. cit., p. 81.

(٢) BERR et GROUTEL : Droit des assurances, Mémentos Dalloz, Paris, 4° édition 1986, p. 7.

(٣) CAPIEZ, op. cit., p. 105. PRINCE AGBODJAN, op. cit., p. 20.

وبربط هذه الحقيقة بواقع عزوف شركة التأجير التمويلى عن الانشغال بالجوانب الفنية المتعلقة بالأصل المؤجر يصبح من العسير وضع الالتزامات التى يفرضها عقد التأجير التمويلى على المستفيد والتى تتعلق باستعماله الأصل فى اطار من الايجار التقليدى . ففى مثل هذا الايجار يهدف المؤجر من خلال الالتزامات المشار إليها إلى المحافظة على المال الذى يمكنه استغلاله عن طريق تمكين المستأجر من الانتفاع به . اما وان ملكية الأصل هى ضمان شركة التأجير التمويلى ضد اعسار المستفيد فإنه يجب النظر إلى تلك الالتزامات باعتبارها سبيل المحافظة على الضمان المقرر للشركة . وهذا ما ننتقل إلى بحثه الآن .

الفرع الثانى

التزامات المستفيد المتعلقة بحماية ملكية شركة التأجير التمويلى

٣٨٦ - تفرض عقود التأجير التمويلى مجموعة التزامات على عاتق المستفيد تهدف من جانب إلى المحافظة على الأصل المؤجر ومن جانب آخر إلى ضمان فعالية حق ملكية شركة التأجير التمويلى فى مواجهة الغير . وعلى ضوء هذه الالتزامات تتحدد مسئولية المستفيد ازاء الشركة الممولة عن الاضرار الناشئة عن استعمال الأصل من جانب وعن اضعاف الضمان المقرر لها من جانب آخر .

أولاً : التزامات المستفيد المتعلقة بالمحافظة على الأصل المؤجر :

٣٨٧ - يلتزم المستفيد فى سبيل المحافظة على الأصل المؤجر بإستعماله استعمالاً عادياً وشخصياً من جانب أول ، كما يلتزم بصيانته من جانب ثان ، واخيراً بالتأمين عليه . ونعرض لهذه الالتزامات الثلاثة تباعاً .

أ) الالتزام باستعمال الأصل استعمالاً عادياً وشخصياً :

٣٨٨ - يفرض عقد التأجير التمويلى على المستفيد اتخاذ كافة التدابير اللازمة لاستعمال الأصل استعمالاً عادياً والمحافظة عليه صالحاً للاستعمال فى الوجه المخصص له . ولا يختلف حكم العقد عما هو مقرر طبقاً للقواعد العامة فى عقد الايجار اذ يلتزم المستأجر ببذل عناية الرجل المعتاد فى استعمال العين المؤجرة أى استعماله فى الوجه المخصص له [١] . ويتوقف تحديد وجه الاستعمال على طبيعة المال من جانب وطبيعة نشاط المستفيد من جانب آخر .

لذلك ففى مجال التأجير التمويلى للمنقولات يفرض العقد على المستفيد وضع المنقول فى موقع يضمن حسن استعماله على نحو يسمح بالمحافظة عليه . ومن جانب آخر ينص العقد على أن المستفيد يسهر على وضع المنقول موضع التشغيل من حيث تثبيته فى الموقع المخصص له وفك اربطته وتشغيله بما يشمل الحصول على جميع توابع المنقول اللازمة لاستعماله . ويتعين على المستفيد اتباع التزامات البائع فيما يتعلق بوضع المنقول موضع التشغيل .

ويضاف الى ذلك انه متى قام المستفيد بتحديد الموقع الذى يتم فيه استعمال المنقول فإنه لا يحق له نقله من موضعه الا بعد اخطار شركة التأجير التمويلى بذلك وموافقتها على الموضع الجديد للمنقول [٢] . ومتى قام المستفيد بتحديد ساعات تشغيل الأصل اليومية فإنه يتعين عليه احترام ذلك التعهد .

ويعتبر الفقه الفرنسى مختلف هذه القيود تفريعات لازمة على التزام المستفيد باستعمال الأصل ببذل عناية الرجل المعتاد [٣] ، حيث يلتزم المستفيد ببذل العناية التى

---

(١) BAKOUKA, op. cit., p. 31.

(٢) CAPORALE, op. cit., p. 44. CBRILLAC, op. cit., No 65.

(٣) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 32. OUERDRAOGO, op. cit., p. 231. BALME, op. cit., No 32.

كان ليبذلها الشخص العادى إذا ما وضع فى ذات ظروف المستفيد [١] . ومع ذلك لا يخفى ان النص على هذه القيود فى شأن استعمال الأصل ينم عن حرص شركة التأجير التمويلى على المحافظة على الأصل المؤجر فضلاً عن صلاحيته للاستعمال ، وهو ما يكون له أهمية عند إعمال المستفيد خياره بالتملك فى نهاية مدة الايجار .

وفى مجال التأجير التمويلى العقارى يحظر العقد على المستفيد ايضاً وضع مواد بالعقار قد تضربه مثل المواد المتفجرة أو القابلة للالتهاب وما شابه ذلك [٢] .

٣٨٩ - ومن جانب آخر يفرض عقد التأجير التمويلى على المستفيد استعمال الأصل استعمالاً شخصياً اذ تحظر عليه تأجيره من الباطن واستبداله واعارته . فمن جانب يبقى الأصل مملوكاً لشركة التأجير التمويلى مما يسلب كل حق للمستفيد فى التصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية ، فلا يجوز له بيعه أو وهبته أو رهنه سواء كان الرهن حيازياً أو رسمياً . ويترتب على ذلك الا يجوز للمستفيد تبديل الأصل اذ يفترض التبديل التصرف فى الأصل . ولم يكن عقد التأجير التمويلى بحاجة إلى النص على ذلك حيث يعد من عقود الامانة ويتعرض المستفيد بالتالى للعقوبات الجنائية المقررة بموجب المادة ٤٠٨ من تقنين العقوبات الفرنسى لجريمة الأمانة ، وذلك إذا قام بالتصرف فى الأصل تصرفاً ناقلاً للملكية [٣] .

ولكن يلاحظ ان الحظر المفروض على المستفيد يشمل أعمال الإدارة ولا يقتصر على التصرفات الناقلة للملكية . فلا يجوز له تأجير الأصل من الباطن ، ولا يستثنى من ذلك الا صورة التأجير التمويلى المرتد حيث يكون تأجير المعدات من الباطن عنصراً فى العقد . كذلك لا يجوز للمستفيد النزول عن عقد التأجير التمويلى للغير

---

(١) حول مفهوم بذل عناية الرجل المعتاد فى القانون الفرنسى ، انظر :
STARCK: Obligations, op. cit., p. 345 No 387.

(٢) BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op. cit., Fasc. 650, No 27.

(٣) Cassation criminelle, 12 novembre 1979, Bulletin Criminel, 1979, No 312.

حيث يخل التنازل بالاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه العقد [١] . بل أكثر من ذلك لا يجوز للمستفيد مجرد إعارة الأصل للغير إذ لا تأمن شركة التأجير التمويلي التزام المستعير باستعمال الأصل على النحو المبين في عقد التأجير التمويلي [٢] .

٣٩٠ - وإذا كان الأصل هو حرمان المستفيد من التأجير من الباطن أو التنازل عن الايجار إلا أن شركة التأجير التمويلي قد لا تجد عضاضة في ذلك . فالحكمة من الحظر تكمن في الابقاء على التزام المستفيد الشخصي بالوفاء بالاجرة بالنظر إلى يساره الذي وقفت عليه الشركة الممولة عند قبولها التمويل . فإن هي وجدت في شخص المستأجر من الباطن أو المتنازل إليه ما يأمن لها استيفاء حقوقها المالية بالنظر إلى يسارها ليس ثمة ما يبرر رفضها التأجير من الباطن أو التنازل عن الايجار . الا ان الأمر يقتضي قبولها الصريح لذلك حتى تحتفظ بكامل سلطانها في اجازة التأجير من الباطن أو التنازل عن الايجار على ضوء ما تمليه مصالحها [٣] .

---

(١) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 187. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 32.
PACE: Pratique..., op. cit., p. C5. CALAIS-AULOY, op. cit., No 32. BAKOUKA, op. cit., p. 90. LELOUP: JCP 19965 II 14331 bis, note précitée. BALME, op. cit., No 91.

(٢) CABRILLAC, op. cit., No 66.

(٣) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 45. CABRILLAC, op. cit., No 66. CALAIS-AULOY, op. cit., No 92. CROIZAT, op. cit., p. 114-115. BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op. cit., Fasc. 652, No 10.
ولقد اثير في هذا الصدد التساؤل عن مدى وجوب موافقة شركة التأجير التمويلي على التنازل عن الايجار في اطار بيع المستفيد لمحله التجاري . وهو ما سوف نعود إليه فيما بعد . ومن جانب آخر يلاحظ ان الإدارة العامة للضرائب تفرض على الشركات العقارية للتجارة والصناعة تقديم خدماتها إلى من يتولى استعمال العقار بالفعل وذلك لمنع تدخل الوسطاء في تأجير العقارات (في هذا المعنى: GIOVANOLI, op. cit., p. 136 No 170) ويترتب على ذلك الا يحق للشركة ان تسمح بتأجير العقار من الباطن . الا أن الإدارة اجازت في نشرتها الصادرة في ٢٨ مايو ١٩٧٠ التأجير من الباطن في ثلاثة فروض محددة :
=

وإذا اجازت شركة التأجير التمويلى التأجير من الباطن يتقرر لها دعوى مباشرة فى الرجوع على المستأجر من الباطن فى المطالبة بالاجرة المستحقة على المستفيد وانما فى حدود الأجرة التى تكون مستحقة لهذا الأخير فى ذمة المستأجر من الباطن [١] .
وان اجازت الشركة التنازل عن الايجار فعادة ما تشترط ضمان المستفيد تنفيذ المتنازل إليه لالتزاماته العقدية ، بل ان موافقتها على التنازل يكون مشروطاً على قبول المستفيد ذلك الضمان . وفى كل الأحوال يتحمل المستفيد جميع النفقات الناشئة عن تنفيذ التنازل عن الايجار من حيث أجرة النقل و اعادة تركيب الأصل واعادة تشغيله مالم يوجد اتفاق على تحمل المتنازل إليه تلك النفقات [٢] .

٣٩١ – وفى سبيل التأكد من احترام المستفيد لالتزامه باستعمال الأصل استعمالاً عادياً وشخصياً تحتفظ شركة التأجير التمويلى بحقها فى ايفاد من تحدده من الاشخاص لمراقبة استعمال المستفيد للأصل وصيانته له . ويحق للشركة إعمال رقابتها فى أى وقت طوال مدة العقد [٣] .

ومع ذلك لا يمكن أن يكون للشرط الاتفاقى المتقدم ذلك النطاق المطلق الذى يبين من نصوص العقد ، اذ لا يخفى ما فى رقابة استعمال المستفيد للأصل من كشف لأسراره التجارية . كذلك لا يجوز ان تعوق تلك الرقابة العمل فى داخل مشروع المستفيد . وبوجه عام لا يمكن الاعتراف لتابعى شركة التأجير التمويلى

= (أ) إذا كان المستأجر الأصلى يحوز ما يزيد على نصف مساحة العقار دون ان يكون مقرراً له استعمال الجزء الباقى .
(ب) إذا كان المستأجر من الباطن شركة وليدة للمستأجر الأصلى أو كانا ينتميان إلى ذات مجموعة الشركات .
(جـ) إذا كان المستأجر الأصلى اتحادا للمصالح الاقتصادية Groupement d' Intérêt Economique ويؤجر العقار من الباطن إلى اعضائه .

(١) المادة ١٧٥٣ من التقنين المدنى الفرنسى .
(٢) CROIZAT, op. cit., p. 115.
(٣) LELOUP: JCP 1965 II 14331 bis, note précitée.

المكلفين بالرقابة بسلطات أوسع من تلك التى يقررها القانون لمأمورى الضبط القضائى من حيث وجوب اجراء الرقابة خلال مواعيد العمل ، وفى حضور المستفيد أو من ينوب عنه ، وفى الحرص على عدم عرقلة سير العمل فى مشروع المستفيد .

ب) الالتزام بصيانة الأصل :

٣٩٢ - يلتزم المستفيد طبقاً لنصوص عقد التأجير التمويلى بالقيام باعمال الصيانة اللازمة للحفاظ على صلاحية الأصل للاستعمال فى الوجه المخصص له . كذلك يلتزم المستفيد وعلى نفقته باجراء جميع أعمال الصيانة الضرورية التى تهدف إلى المحافظة على الكيان المادى للأصل المؤجر [١] . ويقضى العقد بأنه خروجاً على حكم المادة ١٧٢١ من التقنين المدنى الفرنسى يتحمل المستفيد جميع النفقات الناشئة عن اصلاح الأصل المؤجر وصيانته .

وبذلك ليس هناك مجال فى التأجير التمويلى لإعمال التمييز الذى اتى به المشرع بين الالتزام بالصيانة التأجيرية والتى يتحملها أصلا المستأجر والالتزام بالصيانة الضرورية التى تقع على عاتق المؤجر [٢] . ولا تكتفى شركة التأجير التمويلى بالنص على اعفائها من الالتزام بالصيانة الضرورية وإنما تفرض القيام بها على المستفيد باعتباره التزاماً يقع على عاتقه . وكأن المستفيد يضمن فى واقع الأمر لشركة التأجير التمويلى تلف الأصل المؤجر وزوال صلاحيته [٣] .

وقيل فى تبرير التزام المستفيد بالصيانة الضرورية ان مآل ملكية الأصل أن تنتقل

---

(١) GIOVANOLI, op. cit., p. 401 No 502. CREMIEUX-ISAREL, op. cit., p. 63. LEQUIN, op. cit., p. 25. CAPORALE, op. cit., p. 43. CROIZAT, op. Cit., p. 167. OHL, op. Cit., p. 60. CALAIS-AULOY, op. cit., No 84.

(٢) حول حكم القواعد العامة فى هذا الصدد ، أنظر :
RIPERT et BOULANGER, op. cit., Tome 3, p. 569No 1735 et s.

(٣) GIOVANOLI, op. cit., p. 239 No 298.

إليه فى نهاية مدة العقد ، وبالتالى ليس ثمة ما يمنع من تحمله تبعات الملكية منذ بدء انتفاعه بالأصل [١] . لكن يلاحظ ان المستفيد لم يحرم من تملك الأصل ابتداء الا من أجل تمتع شركة التأجير التمويلى بضمان فعال ضد مخاطر اعساره ، وتقتضى العدالة ان يتحمل الشركة تبعات هذا الضمان تطبيقاً لمبدأ الغرم بالغنم . الا أن الشركة تبقى قابعة فى دورها التمويلى البحت وتعزف عن اقتحام ما يتعلق بالجوانب الفنية للأصل مما جعلها تفرض على المستفيد اعباء الصيانة الضرورية [٢] .

ويضاف إلى ذلك ان الزام المستفيد بالصيانة الضرورية يسىء من مركزه القانونى إذا ما قورن بمركز المالك : فالمالك حر فى اصلاح ما تلف من أمواله ، كذلك يكون حراً فى صيانة أمواله أو تركها إلى التلف والهلاك . اما المستفيد فيقع على عاتقه التزام بالصيانة لا يستطيع الافلات منه والاثارت مسئوليته فى مواجهة شركة التأجير التمويلى.

ويتضح من ذلك مدى حرص شركة التأكيد التمويلى على الابقاء على صلاحية الأصل المؤجر ، وهو ما لم تكن لتهتم به إذا ما تأكد لها انتقال ملكية الأصل إلى المستفيد . الا أنها تكون معرضة لاسترداده إما فى نهاية مدة العقد إذا لم يعمل المستفيد خياره بالتملك أو بمد الايجار واما على أثر فسخ عقد التأجير التمويلى قبل تمام تنفيذه . وفى مثل هذه الفروض تثور حاجة شركة التأجير التمويلى إلى التصرف فى الأصل وهو مالا يكون فى مقدورها مالم يكن الأصل صالحاً للاستعمال فى الوجه المخصص له . والصيانة التأجيرية منها والضرورية هى التى تسمح ببلوغ هذا المراد، وعن طريق الزام المستفيد بها تتخلص شركة التأجير التمويلى من اعبائها .

٣٩٣ – وفى مجال التأجير التمويلى العقارى ذهب حكم لمحكمة استئناف باريس إلى أنه بالرغم من صحة شرط اعفاء الشركة المؤجرة من التزامها بالصيانة الا أن

---

(١) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 101. CREMIEUX-ISRAEL,op. cit., p. 15.

(٢) CALON: Crédit-bail immobilier et statut des baux commerciaux, op. cit., No 4.

مؤدى هذا الشرط استبعاد تطبيق المواد ١٧١٩ و١٧٢٠ و١٧٢١ من التقنين المدنى الفرنسى والتى تتعلق بالتزام المؤجر بالصيانة ولكنه لا يؤدى إلى استبعاد حكم المادة ٦٠٦ من ذات التقنين . ويترتب على ذلك ان تظل شركة التأجير التمويلى ملتزمة بأوجه الصيانة المنصوص عليها فى تلك المادة [١] .

وتميز المادة ٦٠٦ المشار إليها بين الاصلاحت الجسيمة Grosses répara- tions واصلاحات الصيانة Réparations d' entretien . وهى تقتصر على التعريف بالاصلاحات الجسيمة وتعتبر كل ما عدا ذلك من قبيل أعمال الصيانة [٢] . واذ يتحمل المالك اعباء الاصلاحات الجسيمة فإن حكم محكمة استئناف باريس تلزم شركة التأجير التمويلى بتلك الأعباء ، وذلك بغض النظر عن شرط اعفائها من الالتزام بالصيانة .

ولا شك ان الحكم المتقدم بسهر على مصلحة المستفيد فى عقد التأجير التمويلى العقارى لأنه يعفيه من الأعباء الثقيلة الناشئة عن القيام بالاصلاحات الجسيمة . ومع ذلك لا يمكن التسليم بصحة ما ذهبت إليه المحكمة للسببين الآتيين:

الأول: ان نص المادة ٦٠٦ من التقنين المدنى الفرنسى يتعلق بالتزامات مالك الرقبة والمنتفع فى اطار العلاقة الناشئة عن حق الانتفاع ، فى حين أنه لا يتقرر للمستفيد سوى حق شخصى تجاة شركة التأجير التمويلى بالانتفاع بالعقار . فالعقد

---

(١) Cour d' appel de Paris, 8° chambre B, 11 octobre 1989, Dalloz 1989, I. R. 275.

(٢) وطبقاً للنص المشار إليه تتمثل الاصلاحات الجسيمة فى اصلاح الهيكل الخارجى للبناء Gros murs والأرشات المبنية Voûtes ، وترميم الاعمدة الخشبية Poutres وأعمال تسقيف البناء Couvertures entières . فضلاً عن ترميم مجارى المياه Digues والحوائط العمودية Murs de soutènement والاسوار Clôtures.

وجدير بالاشارة إلى أن ما نص عليه المشرع الفرنسى من تطبيقات للاصلاحات الجسيمة يتسق وفنون البناء التى كانت سائدة وقت صدور التقنين المدنى الفرنسى أى فى عام ١٨٠٤ . وعلى القضاء المعاصر الاسترشاد بما اتى به النص المتقدم عند تطبيقه بما يتفق مع تطور فنون البناء فى الوقت الحاضر .

فى مسمى الطرفين عقد إيجار وهو لا يقرر بطبيعته سوى حق شخصى للمستأجر . وحتى فى الفرض الذى يطرح فيه هذا المسمى جانباً ويعيد القضاء تكييف العقد الا أنه لا يمكن اغفال ما اتجهت إليه نية الطرفين من حرمان المستفيد من كل حق عينى على العقار .

الثانى : ان عقد التأجير التمويلى يجعل تبعة هلاك العقار ، كلياً أو جزئياً ، على عاتق المستفيد ، وان كان الهلاك يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه . وبموجب أحكام العقد يلتزم المستفيد باعادة بناء ما تهدم من العقار ، وذلك على نحو ما سوف نرى تفصيلاً فيما بعد . وإذا كان المستفيد يلتزم باعادة بناء العقار حال هلاكه فهو من باب أولى يلتزم بجميع الاصلاحات اللازمة له سواء كانت من الاصلاحات الجسيمة أو من أعمال الصيانة .

٣٩٤ – وفى مجال التأجير التمويلى للمنقولات قد تقتضى صيانة المنقول تبديل بعض اجزائه واضافة قطع غيار له ، كما قد تقتضى اضافة بعض القطع لضمان صلاحية المنقول للإستعمال فى الوجه المخصص له . وفى ذلك يقضى عقد التأجير التمويلى بأن كل جزء أو قطعة تضاف إلى المنقول تصير بصفة تلقائية ملكاً لشركة التأجير التمويلى دون ان يكون للمستفيد طلب استرداد ما يكون قد تكبده من مصروفات فى سبيل تلك الاضافة . ويعد ذلك تطبيقا للإلتصاق فى مواد المنقولات يتحدد فيه مصير ملكية المنقولات الملتصقة اتفاقاً حيث يرتبط الطرفان : شركة التأجير التمويلى والمستفيد بموجب عقد التأجير التمويلى (١) .

ويتأكد بذلك مدى حرص شركة التأجير التمويلى على المحافظة على الأصل المؤجر ، فإن هى اضطرت إلى بيعه عند استرداده من المستفيد تضمن إمكانية الحصول على ثمن معقول نسبياً . الا أنها وجدت فى حاجة المستفيد إلى الانتفاع بالأصل

---

(١) انظر فى أحكام القانون الفرنسى الخاصة بالتصاق المنقولات :
MAZEAUD et CHABAS, op. cit., Tome 2, 2° volume, p. 295 No 1609.

المناسبة لأن يتحمل جميع الاعباء الناشئة عن أعمال الصيانة .

جـ) الالتزام بالتأمين على الأصل :

٣٩٥ - ان التأمين على الأشياء يسمح بتعويض الضرر الذى ينجم عن هلاكها . لذلك فإن المصلحة الأولى فى التأمين تكون لمالك الشىء . الا أن الوقاية من خطر الهلاك قد تأتى تعبيراً عن مصلحة اشخاص آخرين غير المالك مثل هؤلاء الذين يتقرر لهم حق عينى على الشىء أو مجرد حق شخصى يتعلق بهذا الشىء [١] .

وفى مجال التأجير التمويلى يفرض العقد على المستفيد التأمين على الأصل المؤجر . ذلك أنه طبقاً لنصوص العقد يتحمل المستفيد ، طوال مدته ، جميع تبعات تلف أو هلاك الأصل سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً . ولا يقتصر نطاق التبعة على الأحوال التى يرجع فيها التلف أو الهلاك لخطأ المستفيد وانما يمتد إلى حالات السبب الاجنبى ومنه القوة القاهرة [٢] .

وعلى ذلك يتحمل المستفيد تبعة هلاك الأصل المؤجر وان كان الهلاك راجعاً إلى قوة قاهرة . ولا يتفادى المستفيد تلك التبعة الا فى الحالة التى يرجع فيها الهلاك إلى خطأ شركة التأجير التمويلى ، وهو ما يصعب حدوثه من الوجهة العلمية [٣] .

ويعد هذا الاتفاق خروجاً على حكم المادة ١٧٢٢ من التقنين المدنى الفرنسى التى تقضى بانفساخ عقد الايجار من تلقاء نفسه فى حالة هلاك العين المؤجرة بسبب القوة القاهرة . وهو من التطبيقات التشريعية النادرة فى القانون الفرنسى لنظرية مخاطر

---

(١) BERR et GROUTEL, op. cit., p. 40.

(٢) PACE: Pratique..., op. cit., p. B 8. CARILLAC, op. cit., No 69. CALAIS-AULOY, op. cit., No 85. CROIZAT, op. cit., p. 95. PALEANI, op. cit., p. 710 No 2.

(٣) وجدير بالملاحظة ان قبول المستفيد تحمل تبعات القوة القاهرة ينم عن مدى حاجته الضرورية والملحة إلى التمويل من خلال تعاقده مع شركة التأجير التمويلى . بل يمكن القول والحال هذه ان التجاء المستفيد إلى ابرام هذا العقد يعد فى حد ذاته قوة قاهرة ملجئة ، يؤكد ان التأجير التمويلى يمثل بالنسبة للعديد من المشروعات الفرنسية السبيل الأخير للتمويل المتاح لها .

العقد . وإذ يلتزم المستفيد بالمضى فى تنفيذ التزاماته بالرغم من هلاك الأصل يعمد عقد التأجير التمويلى فى سبيل التخفيف من الآثار الناشئة عن هلاك الأصل الى الزام المستفيد بالتأمين عليه . ومع ذلك تختلف آثار الهلاك بحسب ما إذا كان الهلاك كلياً أو جزئياً ، كذلك تختلف آثار الهلاك الكلى بحسب ما اذا كان الأصل منقولاً أو عقـاراً .

١ - مضمون التزام المستفيد بالتأمين على الأصل :

٣٩٦ - كثيراً ما تمتلك شركات التأجير التمويلى التى تتخصص فى تأجير المنقولات اجهزتها الخاصة بالتأمين [١] . ولا يعد التأمين نشاطاً متميزاً يضاف إلى غرض الشركة الرئيسى المتمثل فى التأجير التمويلى وانما هو مكمل له ، بمعنى ان شركة التأجير التمويلى لا تقوم بالتأمين الا على المنقولات التى تقوم بتأجيرها تأجيراً تمويليـاً .

وفى هذه الحالة تصدر شركة التأجير التمويلى وثيقة التأمين التى يأتى قبولها من قبل المستفيد ملازماً لإبرام عقد التأجير التمويلى . وفيها تتحدد الشركة بوصفها المستفيد الأوحد من التأمين بينما يتعهد المستفيد باداء جميع أقساطه . وكثيراً ما يتم تضمين اقساط التأمين أقساط اجرة المنقول المستحقة للشركة الممولة [٢] .

وتغطى وثيقة التأمين جميع الاخطار التى تهدد الأصل المؤجر بإستثناء بعض الاسباب الخاصة لهلاكه [٣] . ويرجع ذلك إلى ما للتأمين على الأصل من اثر فى التخفيف من عبء الهلاك الذى يتحمله المستفيد .

---

(١) وجدير بالاشارة فى هذا الصدد ان أولى شركات التأجير التمويلى فى فرنسا Locafrance هى أول من امتلك جهازه الخاص بالتأمين . وتبعها فى ذلك العديد من شركات التأجير التمويلى الأخرى .

(٢) BEY: De La symbiotique..., op. cit., p. 188. LEQUIN, op. cit., p. 25.

(٣) وتتمثل اسباب الخطر غير المؤمن عليها عادة فى الحروب والغزوات العسكرية ، والحروب الأهلية والثورات والفتن والاضطرابات المسلحة ، بالاضافة إلى رجوع الهلاك إلى ما يعترى الأصل من عيوب خفية وبصفة عامة إذا لم يكن الهلاك راجعاً لسبب خارجى وعرضى عن الأصل .

وتحتفظ شركة التأجير التمويلى لنفسها بحق زيادة العبء المالى للتأمين عن طريق رفع اقساط الأجرة ، الا أنها تخير المستفيد فى هذه الحالة بين دفع الزيادة فى الاقساط أو ابرام عقد تأمين لدى شركة من شركات التأمين . ويجب فى حالة ابرام المستفيد لعقد تأمين جديد موافقة شركة التأجير التمويلى على شركة التأمين . كذلك يجب ان تغطى وثيقة التأمين البديلة جميع المخاطر التى كانت تغطيها الوثيقة الصادرة عن شركة التأجير التمويلى . ويجب على المستفيد تعيين الشركة الممولة كمستفيد من وثيقة التأمين .

٣٩٧- وفى الفروض الأخرى ، أى فى حالة عدم امتلاك شركة التأجير التمويلى اجهزتها الخاصة بالتأمين ، يفرض العقد على المستفيد التأمين على الأصل المؤجر لدى شركة تأمين توافق عليها شركة التأجير التمويلى . ويتحمل المستفيد وحده جميع اقساط التأمين ، ويجب تغطية جميع اسباب الهلاك ، وتعيين شركة التأجير التمويلى مستفيداً من وثيقة التأمين [١] .

ومن ذلك يتضح ان التأمين على الأصل يتقرر لمصلحة شركة التأجير التمويلى اذ يتم تعيينها فى كل الفروض بوصفها المستفيد من وثيقة التأمين . بينما يتحمل المستفيد الأعباء المالية الناشئة عن ابرام عقد التأمين . وان كان الوضع المتقدم ينشىء لشركة التأجير التمويلى حقاً شخصياً ومباشراً فى الحصول على مبلغ التعويض من شركة التأمين الا أن الأمر يتوقف فى المقام الأول على وجه تخصيص التعويض كما يحدده عقد التأجير التمويلى . فالحكمة من التأمين هى التخفيف من حدة آثار تحمل المستفيد تبعة هلاك الأصل المؤجر .

٢ - وجه تخصيص التعويض فى حالة هلاك الأصل :

٣٩٨ - ان الحديث عن وجه تخصيص مبلغ التعويض الذى تلتزم شركة

---

(١) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 99. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 55. CAPORALE, op. cit., p. 45. BRANDELA. op. cit., p. 18. PACE: Pratique..., op. cit., p. C 10. RODIERE et RIVES-LANGE, op. cit., p. 417 No 336. CABRILLAC. op. cit., No 70. BALME. op. cit., No 74.

التأمين بدفعه يفترض استحقاق التعويض . ويعنى ذلك ان يكون الهلاك راجعاً إلى أحد الأسباب التى تغطيها وثيقة التأمين ، وان يكون المستفيد قد اتخذ فى مواجهة شركة التأمين جميع الإجراءات اللازمة لاستحقاق التعويض [1] .

ولذلك يواجه عقد التأجير التمويلى فرض عدم استحقاق مبلغ التعويض لأى سبب من الاسباب بنصوص خاصة . فسواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً يتعين على المستفيد اعادة الأصل إلى الحالة التى كان عليها قبل الهلاك . ومؤدى ذلك التزام المستفيد باستبدال المنقول فى حالة هلاكه هلاكاً كلياً واجراء الاصلاحات اللازمة لاعادته إلى حالته الأصلية فى حالة هلاكه هلاكاً جزئياً . وفى هذا الفرض الأخير يكون المستفيد ملزماً باستبدال المنقول ايضاً إذا تعذر اعادته إلى حالته الأصلية . وفى المواد العقارية يلتزم المستفيد باعادة بناء العقار سواء بصفة كلية أو جزئية .

وفى مختلف هذه الفروض تتم اعادة الأصل إلى حالته على نفقة المستفيد ، وتمتلكه شركة التأجير التمويلى وان تم استبدال المنقول أو اعادة بناء العقار كلية .

ويمكن للمستفيد تفادى تلك الآثار وذلك مقابل تعويض شركة التأجير التمويلى عن هلاك الأصل . وسواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً وسواء انقطع استعمال المستفيد للأصل أو كان فى مقدوره المضى فى الانتفاع به ، يحدد عقد التأجير التمويلى التعويض المستحق للشركة بقيمة جميع اقساط الاجرة التى لازالت تشغل ذمة المستفيد بالاضافة إلى القيمة المتبقية للأصل والتى تم تحديدها كثمن للتملك فى نهاية مدة العقد [2] . ويتضح من ذلك ان المستفيد يكون بالخيار بين اعادة الأصل إلى حالته أو دفع التعويض المحدد فى العقد . ولا تخفى ما فى شقى الخيار من اضرار بالغ بالمستفيد ، لذلك لا شك ان للتأمين دوراً هاماً فى التخفيف من حدة هذه الأضرار .

---

(١) وتتمثل هذه الإجراءات غالباً فى القيام بالأعمال اللازمة لمنع تفاقم الضرر أو الحد منه ، والمحافظة على حقوق شركة التأجير التمويلى فى مواجهة الغير ، وتحرير محضر بالحادث فى حالة السرقة أو التلف أو الهلاك ، واخطار المؤمن فى موعد يحدده العقد .

(٢) RODIERE et RIVES-LANGE, op. cit., p. 417 N (1).

٣٩٩ - وإذا كان مبلغ التعويض الذى تتعهد شركة التأمين بدفعه مستحقاً يجب فى هذه الحالة التمييز بين حالة الهلاك الكلى وحالة الهلاك الجزئى ، وذلك للوقوف على الوجه الذى يخصص له التعويض على ضوء ما يقضى به عقد التأجير التمويلى .

(أ) حالة الهلاك الكلى :

٤٠٠ - يجب فى هذا الصدد التمييز بين هلاك المنقول وهلاك العقار لإختلاف نصوص العقد فى كل من الفرضين :

ففى حالة هلاك المنقول هلاكاً كلياً يقضى عقد التأجير التمويلى بانفساخه من تلقاء نفسه [١] . ويعود العقد فى هذه الحالة الفريدة إلى حكم القواعد العامة الذى تقضى به المادة ١٧٢٢ من التقنين المدنى الفرنسى .

وإذ ينفسخ العقد يزول عن المستفيد التزامه برد المنقول المؤجر إلى شركة التأجير التمويلى . وتوفى شركة التأمين بمبلغ التعويض مباشرة الى شركة التأجير التمويلى التى تستأثر به . وبموجب أحكام العقد يتحمل المستفيد وحده هامش قيمة الأصل المؤجر الذى لا يغطيه مبلغ التعويض ، والذى يتم تحديده فى عقد التأمين ذاته . ومن جانب آخر تتعهد شركة التأجير التمويلى بعدم رجوع المؤمن على المستفيد إذا كان المؤمن تابعاً لها أى جهازا خاصاً بها .

أما فى حالة هلاك العقار هلاكاً كلياً يلتزم المستفيد باعادة بناء العقار تحت مسئوليته الكاملة [٢] . وليس هناك مجال فى هذه الحالة لانفساخ عقد التأجير التمويلى . ويتم تخصيص مبلغ التعويض الذى تدفعه شركة التأمين لتمويل أعمال اعادة البناء ، على ان يتحمل المستفيد الفرق بين تكلفة اعادة البناء الفعلية ومبلغ التعويض [٣] . وبعبارة أخرى يتحمل المستفيد كل عبء مالى لا يغطيه مبلغ التعويض .

---

(١) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobliier, op. cit., p. 25. CAPO-RALE, op. cit., p. 223.

(٢) PACE: Pratique..., op. cit., p. C 10.

(٣) PACE: Economie..., op. cit., p. 73.

واسوة بحالة هلاك المنقول يتعهد المؤمن التابع لشركة التأجير التمويلي بعدم الرجوع على المستفيد فى اعقاب الوفاء بمبلغ التعويض .

(ب) حالة الهلاك الجزئي :

٤٠١ - لا مجال للتمييز فى حالة الهلاك الجزئي بين المنقولات والعقارات اذ تتضمن عقود التأجير التمويلي احكاماً واحدة فى هذا الصدد . ففى كل الأحوال يلتزم المستفيد باعادة الأصل إلى حالته الأولى أى قبل تعرضه للهلاك الجزئي . ويتم ذلك على نفقة المستفيد [١] . ثم على ضوء الايصالات الدالة على اعادة الأصل إلى حالته تقوم شركة التأجير التمويلي برد تلك المصروفات من مبلغ التعويض الذى تكون قبضته من شركة التأمين [٢] .

وفى هذه الحالة ايضاً يتعهد المؤمن التابع لشركة التأجير التمويلي بعدم الرجوع على المستفيد ، كما ان هذا الاخير يتحمل وحده الفرق بين تكلفة اعادة الأصل إلى حالته ومبلغ التعويض الذى توفى به شركة التأمين إلى شركة التأجير التمويلي [٣] .

وجدير بالذكر أنه فى جميع الأحوال يتوقف عدم رجوع المؤمن التابع لشركات التأجير التمويلي على اتخاذ المستفيد جميع الاجراءات اللازمة للحد من الضرر او منع تفاقمه وتلك اللازمة للمحافظة على حقوق شركة التأجير التمويلي تجاه الغير .

٤٠٢ - ويتضح مما تقدم مدى خروج عقد التأجير التمويلي على القواعد العامة فى عقد الايجار لما فى تطبيق نظرية مخاطر العقد من خطر على مصالح شركة التأجير التمويلي . واذ يفرض العقد على المستفيد التزاماً بالتأمين على الأصل فبه تأمن

---

(١) CAPORALE, op. cit., p. 222.

(٢) وجدير بالاشارة إلى اختلاف ما يجرى عليه العمل فى هذا الفرض عن فرض اعادة بناء العقار الذى هلك هلاكا كلياً . ذلك ان تكلفة اعادة بناء العقار ضخمة ولا يقدر عليها المستفيد عادة مالم يسعفه مبلغ التعويض المدفوع من قبل المؤمن . وبالتالى لا يلتزم المستفيد باعادة بناء العقار على نفقته ثم يسترد ما انفقه من شركة التأجير التمويلي . اما فى فرض اعادة الاصل إلى حالته الأولى فغالباً ما يكون فى مقدور المستفيد الانفاق عليه على ان يسترد النفقات من الشركة الممولة .

(٣) PACE: Economie..., op. cit., p. 73.

الشركة من مخاطر هلاكه على نحو لا تتهدد به حقوقها المالية ازاء المستفيد .

وسوف نعود إلى بحث مسئولية المستفيد تجاه شركة التأجير التمويلى عن اضعاف الضمان المقرر لها والمتمثل فى حق ملكية الأصل ، ونتبين من خلال هذا البحث الدور المنوط بالتأمين على الأصل . الا أنه يتعين علينا من اجل خوض تلك المسألة الحديث عن التزامات المستفيد التى تهدف إلى ضمان فعالية ملكية الشركة الممولة للأصل .

ثانياً : التزامات المستفيد المتعلقة بضمان فعالية حق الملكية :

٤٠٣ - بمعرض الحديث عن الشهر القانونى لعقود التأجير التمويلى رأينا أنها كانت تفرض على المستفيد التزامات خاصة باعلام الغير عن طريق الشهر أو الاخطار بأن الأصل الذى فى حيازته انما هو مملوك لشركة التأجير التمويلى . وتتمثل هذه الالتزامات بصفة اساسية فى وضع لوحة معدنية على الأصل تفيد ذلك واخطار مؤجر العقار بملكية الشركة للمنقول .

وقد يبدو أنه مع صدور لائحة ٤ يوليو ١٩٧٢ فى شأن الشهر القانونى لعقود التأجير التمويلى لم يعد هناك أهمية من فرض تلك الالتزامات على عاتق المستفيد . فالقول المتقدم وان كان صحيحاً فى مجال التأجير التمويلى العقارى أو فيما يتعلق باخطار مؤجر العقار ، الا أنه ليس صحيحاً على اطلاقه فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات . ذلك أنه طبقاً للمادة الثامنة من لائحة ١٩٧٢ يترتب على تخلف شهر عقد التأجير التمويلى الوارد على منقول عدم جواز الاحتجاج بما يكون مقرراً لشركة التأجير التمويلى من حق ملكية المنقول فى مواجهة خلف المستفيد الخاص الذى تلقى ملكية المنقول بعوض ، ما لم تقم الدليل على علمه بوجود ذلك الحق [(١)] .

وعلى ضوء ذلك لابد من تحديد إلى أى مدى يحول النص المتقدم دون تطبيق

---

(١) راجع فى ذلك : SOLAL: le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 289. CA-BRILLAC, op. cit., No 53. PACE : Pratique..., op. cit., p. D 18 .

قاعدة الحيازة فى المنقول بسبب صحيح وحسن نية سند الحائز [١] . ويجب التمييز بين فرض اجراء الشهر وفرض عدم اجرائه : ففى الفرض الأول تستطيع شركة التأجير التمويلى الاحتجاج بملكيتها للمنقول فى مواجهة الخلف الخاص بغض النظر عما إذا كان هذا الاخير حسن النية ام سيء النية . اما فى فرض تخلف الشهر فلا تستطيع الشركة مواجهة الخلف الخاص بما يكون لها من حق ملكية المنقول الا إذا اقامت الدليل على علمه بوجود الحق المتقدم مكتسباً للشركة الممولة [٢] .

اذن ففى هذا الفرض الاخير تثور حاجة شركة التأجير التمويلى إلى اثبات علم الخلف الخاص بملكيتها للمنقول . وقد يعين وضع اللوحة المعدنية على المنقول على ذلك الاثبات ، لذلك داومت شركات التأجير التمويلى على الزام المستفيد بوضع تلك اللوحة فى مجال تأجير المعدات الإنتاجية [٣] . فإن هى عجزت عن اقامة الدليل على علم الخلف الخاص بملكيتها للمنقول بسبب اخلال المستفيد بالتزامه المتقدم يمكنها

(١) والواقع ان أهمية طرح هذا التساؤل لا تثور الا بالنسبة لمن تلقى ملكية المنقول بعوض . ذلك ان اكتساب ملكية المنقول دون عوض يكون فى الغالب عن طريق الهبة . وطبقاً لما استقر عليه الفقه الفرنسى تكون هبة ملك الغير باطلة بطلاناً مطلقاً ، وهو حكم استخلصه الفقه مما تقضى به المادة ٨٩٤ من التقنين المدنى الفرنسى التى توجب ان الواهب يتجرد فى الحال وبطريق لا رجوع فيه عن ملكية الشيء الموهوب ، وهو ما يفترض ملكيته له وقت الهبة . والتصرف الباطل بطلاناً مطلقاً لا يعد سبباً صحيحاً فى مفهوم أحكام الحيازة ويترتب على ذلك أمكانية استرداد المنقول الموهوب من الموهوب له .

(٢) ويمكن تفسير حرص المشرع على وجوب اقامة الدليل على علم الخلف الخاص بملكية شركة التأجير التمويلى للمنقول بأن المادة ٢٢٧٩ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى التى تتضمن قاعدة الحيازة فى المنقول لا يرد بها ذكر لشرط حسن النية ولا لشرط السبب الصحيح . الا أن شرط حسن النية قد ورد فى نص آخر هو نص المادة ١١٤١ من ذات التقنين ، واستعير منه شرط حسن النية وكمل به النقص الذى يعترى نص المادة ٢٢٧٩ فقرة أولى . ولاشك ان علم المتصرف إليه بما يكون مقرراً لشركة التأجير التمويلى من حق ملكية المنقول ينفى عنه توافر حسن النية لديه .

(٣) وجدير بالاشارة إلى أن الأمر لا يثور فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات الا بصدد المعدات الإنتاجية وما يلحق بها من ادوات العمل دون المحال التجارية والمحال الحرفية ، اذ من الثابت أن قاعدة الحيازة فى المنقول لا تسرى الا على المنقولات المادية دون المنقولات المعنوية .

الرجوع عليه بالمسئولية العقدية ، وهو ما يخفف من اثار حرمانها من استرداد المنقول من المتصرف إليه .

٤٠٤ – وبالاضافة إلى ذلك تنص عقود التأجير التمويلى عادة على التزام المستفيد بضمان احترام حق ملكية الشركة الممولة للأصل المؤجر . وعلى المستفيد اتخاذ جميع الإجراءات التى تحول دون التهديد بحق الملكية . ويكون ذلك على نفقته وتحت مسئوليته .

ويأتى النص على الالتزام المتقدم فى هذا السياق العام مما يجعل المستفيد مسئولاً عن جميع المخاطر التى تهدد ملكية الأصل المقرر للشركة الممولة مثل إهماله فى موجبات الأمن الذى ترتب عليه سرقة المنقول أو عدم بذل العناية الواجبة فى محاولة استرداده كالابلاغ عن الواقعة لدى السلطات العامة أو عدم اخطار شركة التأجير التمويلى بها لتتخذ التدابير اللازمة لحفظ حقوقها(١) .

الا أن عقود التأجير التمويلى تواجه على وجه الخصوص بعض الحالات التى يلتزم حيالها المستفيد بالتزامات محددة . وتتمثل أولاً فى واجبات تلقى على عاتقه فى حالة توقيع الحجز على الأصل المؤجر ، وواجبات تلقى على عاتقه عند تصرفه فى المحل التجارى الذى يستعمل فيه المنقول المؤجر أو الذى يحويه العقار المؤجر ، واخيراً فى التزامات يرتبها العقد على عاتقه فى حالة قيام شركة التأجير التمويلى برهن الأصل المؤجر أو رهن اجرة التأجير التمويلى .

أ) واجبات المستفيد فى حالة الحجز على الأصل المؤجر :

٤٠٥ – يمكن لأحد الأشخاص طلب توقيع الحجز على الأصل المؤجر تحت

(١) وتجدر الاشارة إلى أن شركة التأجير التمويلى لا تضمن تعرض الغير للمستفيد فى مثل هذه الحالة لأن المؤجر لا يضمن وفقاً للقانون تعرض الغيرالمادى للمستأجر فى انتفاعه بالعين المؤجرة . الا أن فرض مثل هذه الالتزامات على عاتق المستفيد انما يقلب الآية بأن يجعل المستفيد ملتزماً برفع تعرض الغير المادى لحيازة شركة التأجير التمويلى للمنقول المملوك لها ، وان كان الأمر لا يرقى إلى مرتبة الضمان اذ لا يكون المستفيد ملتزماً سوى ببذل عناية فى استرداد المنقول المسروق .

يد المستفد اثناء تنفيد عقد التأجير التمويلي . واما ان يكون الحاجز دائناً للمستفيد يعتقد ان هذا الأخير مالك للأصل ، اما ان يكون دائناً لشركة التأجير التمويلي فيوقع الحجز على مال مملوك للمدين تحت يد المستفيد .

١ - توقيع الحجز بناء على طلب دائن المستفيد :

٤٠٦ - أول ما يفرضه عقد التأجير التمويلي من واجبات على عاتق المستفيد في حالة توقيع الحجز من قبل دائنيه ان يقوم باخطار شركة التأجير التمويلي بمحاولة توقيع الحجز . ويلتزم المستفيد بالاخطار اياً كان نوع الحجز وطبيعة المـال المؤجر .

ويجب عليه فضلاً عن ذلك اتخاذ جميع التدابير لمنع توقيع الحجز أو لرفعه بحسب الأحوال . ويكون ذلك بالافادة بشهر عقد التأجير التمويلي الذى يجعل حق ملكية الشركة الممولة للأصل نافذاً في مواجهة دائنيه . كذلك في حالة تخلف الشهر يفرض عقد التأجير التمويلي على المستفيد محاولة إقامة الدليل على علم الحاجز بما هو مقرر للشركة الممولة من حقوق على المال المحجوز ، كإثبات اطلاعه على اللوحة المعدنية المثبتة به أو سبق اخطاره بحقوق الشركة أو اطلاعه على دفاتر المستفيد مما يقطع بعلم الحاجز بوجود تلك الحقوق .

ولا يخفى ما لإخطار شركة التأجير التمويلي بالحجز من أهمية بالنسبة إليها ، اذ تستطيع ان تتقدم بطلب انتزاع الأصل من تحت يد القضـاء في الوقت المناسب . خاصة أنه في مجال المنقولات قد يواجهها الراسي عليه المزاد بقاعدة الحيازة في المنقول ان كان حسن النية ولم يكن عقد التأجير التمويلي قد تم اشهاره [١] .

٢ - توقيع الحجز بناء على طلب دائن شركة التأجير التمويلي :

٤٠٧ - إذا كان الحاجز دائناً لشركة التأجير التمويلي فإنه في حقيقة الأمر

---

(١) BRANLARD: Procédure civile et voies d' exécution, AENGDE: Questions résolues, Paris, 1981, p. 251. PARISOT et JAUF-FRET: Manuel de procédure et voies d' exécution, LGDJ, Paris, 1967, p. 229 No 405.

يوقع حجزاً على مال مملوك لمدينه . وتختلف أحكام الحجز ، وبالتالى واجبات المستفيد ازاءه ، بحسب ما إذا كان المال منقولاً أو عقاراً .

(أ) توقيع الحجز على المنقول :

٤٠٨ - إذا كان الأصل الذى يراد الحجز عليه منقولاً فغالباً ما يلجأ دائن شركة التأجير التمويلى إلى توقيع حجز ما للمدين لدى الغير . وبمقتضاه يقوم الدائن بحجز النقود أو المنقولات المملوكة للمدين والتى تكون بين يدى الغير حتى يتسنى له استيفاء حقه من تلك المبالغ أو من التنفيذ على المنقولات [١] . ويعد حجز ما للمدين لدى الغير من الحجوز التحفظية وبالتالى لا يشترط ان يكون بيد الدائن سند تنفيذى . وقد يترتب على ذلك جهل شركة التأجير التمويلى بتقدم الدائن بطلب توقيع الحجز .

ويتم توقيع الحجز بناء على طلب على عريضة يقدمه الدائن إلى القاضى المختص . ويترتب على اعلان المستفيد بتوقيع الحجز فى حالة صدور أمر القاضى بذلك امتناع المستفيد عن رد المنقول المحجوز عليه إلى شركة التأجير التمويلى .

ويفرض عقد التأجير التمويلى على المستفيد التزاماً باخطار الشركة الممولة بتوقيع الحجز بمجرد اعلانه به . ويلتزم من جانب آخر باخطارها بكل البيانات أو المستندات التى قد يكون قدمها إلى المحضر تطبيقاً لأحكام حجز ما للمدين للغير .

ويكون المستفيد مسئولاً تجاه شركة التأجير التمويلى عن صحة ما يدلى به فى التقرير بما فى ذمته على اثر اعلانه بدعوى صحة الحجز التى يرفعها الدائن . ذلك ان المستفيد ملزم باقرار مديونيته للشركة الممولة ، فيما يتعلق بالتزامه بالرد ، فضلاعن الحجوز السابقة التى قد تكون وقعت على المنقول بين يديه [٢] .

---

(١) PARISOT et JAUFFRET, op. cit., p. 209 No 396.

(٢) المادة ٥٧٧ من تقنين المرافعات المدنية والتجارية الفرنسى القديم . وجدير بالاشارة إلى حقيقة الأمر لأنه يترتب على تخلف التقرير بما فى الذمة انه طبقا لنص المادة المذكورة يكون من مصلحة المستفيد التقرير بما فى ذمته وبما يتفق مع أو ادلائه ببيانات ناقصة أو خاطئة اعتباره مديناً بحق الحاجز ويلتزم بالتالى بادائه إليه .

(ب) توقيع الحجز على العقار :

٤٠٩ - فى مجال التأجير التمويلى العقارى لا يتصور توقيع الحجز على العقار من قبل دائنى المستفيد ، اذ تتطلب القواعد العامة التأشير بتوقيع الحجز فى هامش قيد العقار فى الشهر العقارى . وتكفل أحكام الشهر العقارى بيان شخص مالك العقار ، أى شركة التأجير التمويلى ، مما يترتب عليه بطلان كل حجز يطالب أحد دائنى المستفيد توقيعه على العقار .

اما دائنو شركة التأجير التمويلى فلهم بطبيعة الحال طلب توقيع الحجز على العقار المملوك لمدينهم والذى قام بتأجيره الى المستفيد . وسواء كان الحجز المراد توقيعه حجزاً تحفظياً أو حجزاً تنفيذياً [١] فإن إجراءاته لا تقتضى تدخل المستفيد اذ يتم إعلان شركة التأجير التمويلى بأمر توقيع الحجز ويتم التأشير به فى هامش قيد العقار . ومؤدى ذلك أن آثار الحجز تترتب سواء ازاء الشركة المالكة أو الغير دون اقحام المستفيد فى الأمر .

ولذلك لا تتضمن عقود التأجير التمويلى العقارى نصوصا خاصة بحالة توقيع الحجز على العقار المؤجر ، فلا يتحمل المستفيد التزامات خاصة بها . ولكن فى الآن ذاته لا يشتمل العقد على نصوص خاصة بحالة عجز شركة التأجير التمويلى عن تفادى آثار الحجز ، وبصفة خاصة اذا ما تم التنفيذ عليه . ولئن كان الفرض المتقدم فرضاً نادراً فى العمل نظراً لملاءة شركات التأجير التمويلى [٢] ، الا أن المستفيد يواجه خطراً حقيقياً فى حالة التنفيذ على العقار ، اما بموجب اجراء فردى أو فى حالة شهر إفلاس شركة التأجير التمويلى ، وذلك فى الفرض الذى يتخلف فيه شهر عقد التأجير التمويلى : ففى مثل هذه الحالات تنتقل ملكية العقار إلى الراسى عليه المزاد دون ان يكون ملزماً باحكام العقد . وقد رأينا من قبل ان قانون ١٩٦٦ الزم المتصرف إليه

---

(١) حول إمكانية توقيع الحجز التحفظى على العقارات فى القانون الفرنسى ، انظر :
PARISOT et JAUFFRET, op. cit., p. 189 No 358.

(٢) GIOVANOLI, op. cit., p. 528 No 417.

بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق شركة التأجير التمويلى ، الا أنه واجه بذلك التصرف فى الأصل المؤجر تصرفاً ناقلاً للملكية أو بعبارة أخرى انتقال ملكية بموجب عمل ارادى ، فلا يشمل بالتالى انتقال الملكية جبراً عن شركة التأجير التمويلى .

ب) واجبات المستفيد فى حالة التصرف فى محله التجارى :

٤١٠ - نعلم ان التأجير التمويلى الخاضع لأحكام ٢ يوليو ١٩٦٦ يرد على المعدات الإنتاجية أو ادوات العمل ، كما يرد على العقارات المخصصة لأغراض امتهانية . ومؤدى ذلك ارتباط استعمال تلك الأموال بنشاط اقتصادى يزاوله المستفيد . وإذا كان المستفيد تاجراً يحترف الأعمال التجارية فغالباً ما يكون استعماله اياها من خلال المحل التجارى الذى يملكه ويزاول من خلاله نشاطه التجارى .

وقد يترتب على ذلك وضع ظاهر بأن المنقول أو الحق في اجارة العقار يشمله المحل التجارى ، أى ان الغير ممن يتعامل مع المستفيد يظنه من عناصر المحل التجارى ، المادية أو المعنوية بحسب الأحوال . وأثار ذلك خشية شركة التأجير التمويلى شمول التصرف في المحل التجارى المنقول أو الحق فى اجارة العقار . وتواجه عقود التأجير التمويلى هذه الفروض بنصوص خاصة على نحو يرفع كل تهديد بحقوق الشركة الممولة .

ونظراً لإختلاف وجه الخطر بحسب ما إذا كنا بصدد تأجير المنقول تأجيراً تمويلياً أو تأجير العقار يجدر بنا التعرض للفرضين المتقدمين استقلالاً .

١ - واجبات المستفيد فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات :

٤١١ - قبل صدور لائحة ٤ يوليو ١٩٧٢ فى شأن الشهر القانونى لعقود التأجير التمويلى تنبأت شركات التأجير التمويلى لما يخلقه استعمال المستفيد للمنقول ضمن محله التجارى من وضع ظاهر يوهم الغير بأن المنقول مملوك للمستفيد وبالتالى يمكن ان يشمله التصرف فى المحل التجارى بالبيع أو الرهن .

ذلك أنه من المقرر إمكانية التصرف جميع عناصر المحل التجارى ، المادية منها

والمعنوية . وإذ يبدو المنقول من عناصره المادية بوصفه من المهمات فقد يشمله بيع المحل التجارى أو رهنه [1] .

وازاء ذلك دأبت عقود التأجير التمويلى على فرض التزام على عاتق المستفيد باتخاذ جميع التدابير اللازمة لضمان عدم شمول التصرف فى المحل التجارى المنقول المؤجر [2] . وأهم ما يفرضه عليه ذلك من واجبات اخطار المشترى أو الدائن المرتهن فى وقت مناسب بما يكون مقرراً لشركة التأجير التمويلى من حق ملكية المنقول .

٤١٢ - ومع صدور لائحة ٤ يوليو ١٩٧٢ اصبحت شركة التأجير التمويلى بمأمن من تصرف المستفيد فى محله التجارى شاملاً المنقول المؤجر ، اذ لم يعد للمشترى أو الدائن المرتهن التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول عند شهر عقد التأجير التمويلى . ولقد رأينا من قبل ان المادة الثامنة من اللائحة المذكورة تواجه على وجه الخصوص الاحتجاج بحق الملكية فى مواجهة دائنى المستفيد ، مما يشمل الدائن المرتهن ، وفى مواجهة خلفه الخاص الذى تلقى ملكية المنقول بعوض ، مما يشمل المشترى . ويترتب على ذلك ان شركة التأجير التمويلى لم تعد فى حاجة إلى الزام المستفيد باتخاذ التدابير اللازمة لإستبعاد المنقول من نطاق بيع المحل التجارى أو رهنه .

ومع ذلك داومت شركات التأجير التمويلى على الزام المستفيد باتخاذ تلك التدابير ، متحوطة بذلك للفروض التى يتخلف فيها شهر العقد أو تلك التى لا يرتب فيها الشهر آثاره . فطبقاً للمادة الثامنة سالفة الذكر من لائحة ١٩٧٢ تستطيع الشركة

---

(١) من الملاحظ ان قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ فى شأن بيع ورهن المحال التجارية (Journal Officiel, 18 mars 1909. Dalloz Périodique, 1909, 4. 41.) لا يحول دون شمول بيع أو رهن المحل التجارى للمهمات . الا أن الأمر يتطلب اتفاقاً صريحاً على ذلك لأنه طبقاً للمادة الأولى فقرة ثانية من القانون لا يرد امتياز بائع المحل التجارى فى حالة عدم الاتفاق الا على عناصر محددة ليس من بينها المهمات . كذلك فى حالة الرهن ، وبالرغم من ان المادة التاسعة فقرة أولى من القانون تجيز شمول الرهن المهمات الا أن فقرتها الثالثة تقضى بأنه فى حالة سكوت العقد عن تحديد عناصر المحل التى يشملها الرهن فإنه لا يرد الا على عناصر محددة ليس من بينها أيضاً المهمات .

(٢) SOLAL: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 292.

الاحتجاج بملكيتها للمنقول إذا اقامت الدليل على علم دائن المستفيد أو خلفه الخاص بما هو مقرر لها من حقوق . وبالتالى يظل من مصلحتها الزام المستفيد باخطارهم بذلك فى الوقت المناسب . وعوضاً عن خوض مشكلات الاثبات ومخاطره يبقى المستفيد ملتزماً بالعمل على عدم شمول بيع المحل التجارى أو رهنه للمنقول المؤجر . ولا صعوبة فى الأمر إذا سكت العقد عن شموله مهمات المستفيد [(١)] ، لكن فى الفرض العكسى اى فى حالة ورود البيع أو الرهن على المهمات يجب على المستفيد ان يستبعد صراحة المنقول المؤجر من نطاق البيع أو الرهن .

وهكذا تتفادى شركة التأجير التمويلى الآثار السلبية الناجمة عن شمول بيع المحل التجارى أو رهنه للمنقول المؤجر . وفى الفرض الذى يكون فيه للمشترى أو للدائن المرتهن التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول يمكنها إثارة مسئولية المستفيد بسبب إخلاله بالتزامه العقدى باتخاذ جميع التدابير اللازمة لمنع شمول بيع أو رهن المحل التجارى للمنقول المؤجر .

٤١٣ - ومن جانب آخر يثور التساؤل فى حالة بيع المحل التجارى أو تأجيره عن مدى صحة التنازل عن ايجار المنقول أو تأجيره من الباطن . ولقد اشارنا من قبل إلى ان الأصل هو قيام عقد التأجير التمويلى على الاعتبار الشخصى مما يفرض على المستفيد استعمال المنقول استعمالاً شخصياً وحرمانه من التنازل عن الايجار أو التأجير من الباطن [(٢)] . كذلك لا يجوز للمستفيد النزول عن خيار التملك المقرر له إلى

(١) ذلك ان قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ لا يتضمن نصاً لما يشمله بيع المحل التجارى من عناصر ، فالأمر متروك لاتفاق الطرفين مما يترتب عليه عدم شمول البيع لغير ما اتفق عليه من عناصر . اما نص المادة الأولى فقرة أولى من القانون فلا تواجه سوى حالة سكوت العقد عن تحديد ما يرد عليه امتياز البائع. وفى حالة سكوت العقد عن تحديد ما يرد عليه البيع ذاته يتولى القاضى تحديد العناصر المشمولة بالبيع . كذلك فى مجال الرهن ، للعاقدين تحديد العناصر التى يشملها الرهن ، وفى حالة سكوت العقد لا يشمل الرهن الابعض العناصر التى تحددها المادة التاسعة فقرة ثالثة من القانون وليس من بينها المهمات كما ذكرنا .

(٢) BEY: De la synbiotique..., op. cit., p. 29. CROIZAT, op. cit., p. 159. CALAIS-AULOY, op. cit., No 92. BAKOUKA, op. cit., p. 90. BALME, op. cit., No 82.

الغير [1] . فالأصل اذن الا يحق للمستفيد التنازل عن الايجار أو التأجير من الباطن ما لم توافق شركة التأجير التمويلى صراحة على ذلك .

ولقد اتجه جانب من الفقه الفرنسى إلى نفاذ تنازل المستفيد عن ايجار المنقول أو تأجيره من الباطن فى مواجهة شركة التأجير التمويلى دون حاجة إلى موافقتها على ذلك مادام الأمر فى اطار التصرف فى المحل التجارى ، استناداً إلى أنه لا يجوز ان يكون عقد التأجير التمويلى وسيلة لإجبار المستفيد على البقاء على ملكه للمحل التجارى [2].

ولا يمكننا التسليم بهذا الرأى ، ذلك انه طبقاً للقواعد العامة لا يسرى التنازل عن الايجار أو التأجير من الباطن بالمخالفة لشرط يمنع ذلك فى مواجهة المؤجر . وبالتالى يكون لشركة التأجير التمويلى معاملة مشترى المحل التجارى أو مستأجره معاملة المغتصب وتطالبه برفع يده عن استعمال المنقول . ولا يحول ذلك دون مطالبة المستفيد بتعويض ما يكون قد لحق الشركة من اضرار من جراء التنازل عن الايجار أو التأجير من الباطن ، كذلك يكون للمتنازل إليه أو المستأجر من الباطن الرجوع على المستفيد بضمان الاستحقاق مع التعويض ان كان له مقتض .

٢ - واجبات المستفيد فى مجال التأجير التمويلى العقارى :

٤١٤ - لا يخول عقد التأجير التمويلى ، بوصفه من عقود الايجار قانوناً ، للمستفيد سوى حقاً شخصياً بالانتفاع بالعقار فى مواجهة شركة التأجير التمويلى . وفى الفرض الذى ينتفع فيه المستفيد التاجر بالعقار من اجل مزاولة نشاطه التجارى من خلاله يصبح الحق الشخصى المشار إليه من العناصر المعنوية للمحل التجارى المملوك للمستفيد ، وهو ما يعرف فى مجال أحكام المحل التجارى بالحق فى الاجارة .

---

(١) BEY: Les aspects Juridiques..., op. cit., No 32.

(٢) DIOUF: Le crédit-bail immobilier comme instrument de financement.Mémoire DESS, Gestion financiére et fiscalité, Paris-I 1982, p.49. SOLAL: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 292. N' DIZI, op. cit., p. 171. BALME, op. cit., No 82. BALATON: Détermination de la valeur de cession d' un contrat de crédit-bail, Gazette du Palais, 10 avril 1979, Doctrine, p. 174.

ولا يثور فى حالة تصرف المستفيد فى محله التجارى بالبيع أو الرهن تلك الاشكالية التى ثارت فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات من شمول التصرف العقار محل عقد التأجير التمويلى . فمن جانب لا يدخل العقار ، بفرض ملكية المستفيد له، ضمن عناصر المحل التجارى وبالتالى لا يمكن ان يشمله بيع المحل التجارى أو رهنه . ومن جانب آخر تحول أحكام الشهر العقارى دون وقوع دائنى المستفيد او خلفه الخاص فى غلط حول ملكية المستفيد للعقار .

ولذلك يظل الاشكال المطروح فى مجال التأجير التمويلى العقارى محصوراً فى مدى شمول بيع أو رهن المحل التجارى للحق فى الاجارة بوصفه من العناصر المعنوية للمحل التجارى المملوك للمستفيد .

٤١٥ - إذا باع المستفيد محله التجارى شاملاً الحق فى اجارة العقار فإن الأمر يفضى إلى تنازله عن هذا الحق . كذلك إذا قام بتأجيره يتمحض الأمر فى تأجير المستفيد للعقار من الباطن . ومع ذلك لا يسرى التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن فى مواجهة شركة التأجير التمويلى لورود الشرط المانع منه فى عقد التأجير التمويلى . ولا يبرر تصرف المستفيد فى الحق فى الاجارة فى اطار تصرفه فى المحل التجارى بالبيع أو التأجير سريان التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن فى مواجهة شركة التأجير التمويلى ، ذلك ان المادة ١٧١٧ من التقنين المدنى الفرنسى تنص على أنه متى ورد بعقد الايجار شرط مانع من التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن وجب تنفيذ الشرط المانع بدقه Clause toujours de rigueur ، مما يعنى إعمال الشرط المانع على إطلاقه ، أى بغض النظر عن التصرف فى الحق فى الاجارة استقلالاً أو فى إطار بيع أو تأجير المحل التجارى ، وبصرف النظر عن مصلحة المؤجر فى إعمال الشرط المانع أو انتفاء كل صالح له [1] .

---

(١) وجدير بالملاحظة ان الفقه الفرنسى يأخذ بحرفية نص المادة ١٧١٧ من التقنين المدنى فى شأن تأجير العقارات ، مع تحفظ البعض فى شأن إعمال نظرية التعسف فى استعمال الحق إذا لم يكن للمؤجر مصلحة فى منع التنازل عن الايجار أو التأجير من الباطن . ويرجع ذلك إلى تأكيد الفقه ان الايجار الذى كان يعنى به المشرع على وجه الخصوص عند صدور التقنين عام ١٨٠٤ هو ايجار العقار =

ولاشك ان اعتبارات الثقة فى شخص المستفيد التى تمليها علاقة الائتمان القائمة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد تجعل للأولى مصلحة دائماً فى إعمال الشرط المانع من التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن .

وللاعتبارات المتقدمة أيضاً لا يجوز للمستفيد إذا ما قام برهن المحل التجارى الاتفاق على شمول الرهن الحق فى اجارة العقار . ولا يخفى ما للشرط المانع من التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن من أثر معوق لتصرف المستفيد فى المحل التجارى بالبيع أو التأجير أو الرهن ، اذ لا يقدم المتصرف إليه عادة على التعامل فى محل تجارى دون ان يتوافر له السند القانون لشغل العقار الذى يتركز فيه المحل التجارى .

٤١٦ - وإذا كان تضمين عقد التأجير التمويلى الشرط المانع هو الأصل ، فقد تجيز شركة التأجير التمويلى للمستفيد التنازل عن الحق فى اجارة العقار أو تأجيره من الباطن . ويراعى فى هذا الصدد القيود المفروضة على الشركات العقارية للتجارة والصناعة فى هذا الصدد . ولا يثير إعمال المستفيد الإجازة المتقدمة اشكالات خاصة فى حالة بيع المحل التجارى أو تأجيره . لكن فى حالة رهن المحل التجارى تستوجب عقود التأجير التمويلى العقارى قيام المستفيد باخطار الشركة الممولة بكل رهن يتفق فيه على شمول الرهن للحق فى اجارة العقار [١] . وبموجب هذا الإخطار تستطيع شركة التأجير التمويلى تحديد اشخاص الدائنين المرتهنين من واقع اطلاعها على قيد الرهون فى السجل الذى يستوجب القانون قيد رهن المحل التجارى فيه .

ولا يضير شمول الرهن للحق فى اجارة العقار بمصالح شركة التأجير التمويلى مادام الأمر متوقفاً على موافقتها الصريحة على ذلك . بل انه يمثل ميزة لها فى حالة

= وهذا ما يفسر ان جانباً من الفقه يذهب إلى عدم تطبيق نص المادة ١٧١٧ على إطلاقه إذا كان عقد الايجار وارداً على منقول ، وهو ما جعله يقر بنفاذ التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن فى مواجهة المؤجر إذا تم فى اطار التصرف فى المحل التجارى بالبيع أو التأجير .

(١) DIOUF, op. cit, p. 49.

طلبها فسخ عقد التأجير التمويلى بسبب إخلال المستفيد بالتزامه بدفع الاجرة : ذلك أنه طبقاً للقواعد الخاصة برهن المحال التجارية يتعين على مؤجر العقار الذى يوجد به المحل التجارى المرهون ان يعلن رغبته فى فسخ عقد ايجار العقار إلى كل دائن مرتهن للمحل يكون اسمه مقيداً فى السجل الخاص برهن المحل ، والا صار الفسخ غير نافذ فى مواجهة الدائن المرتهن [١] . اما إذا تم الاتفاق على فسخ العقد ودياً ، وهو ما يكون متصور فى مجال التأجير التمويلى العقارى [٢] ، لا يصير الفسخ نافذاً فى مواجهة الدائن المرتهن الا بعد مضى شهر على تلقيه الاعلان بالفسخ [٣] . وإذا تقرر الفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح ، وهو الفرض الغالب فى عقد التأجير التمويلى كما سنرى ، يجب إعلان الدائن المرتهن بالأمر الولائى المقرر للفسخ والقاضى بإلزام المستفيد بإخلاء العقار المؤجر ، حتى يصير الفسخ نافذاً فى مواجهة الدائن المرتهن [٤] .

ويمكن للدائن المرتهن للمحل التجارى تفادى آثار فسخ عقد ايجار العقار بوفائه عن المستفيد باقساط الأجرة المستحقة لشركة التأجير التمويلى والتى كانت سبباً فى طلبها فسخ العقد أو إعمالها الشرط الفاسخ الصريح الوارد به [٥] . ويتضح من ذلك ان الدائن المرتهن يضمن فى واقع الأمر تنفيذ المستفيد لإلتزامه بدفع الأجرة تجاه شركة التأجير التمويلى ، مما يعد ضماناً غير مباشر تتمتع به الشركة فى حالة قيام الدائن

---

(١) المادة العاشرة فقرة ثانية من قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ فى شأن بيع ورهن المحال التجارية .

(٢) توجب المادة الأولى - ثانياً من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ المضافة بموجب لائحة ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ تنظيم عقود التأجير التمويلى العقارى شروط فسخ العقد بناء على طلب المستفيد . وبالتالى يتصور إعمال المستفيد لهذا الحق المقرر له قانوناً وإن كان يندر وقوعه من الوجهة العملية للاسباب التى سوف نعرض لها عند الحديث عن فسخ عقد التأجير التمويلى .

(٣) المادة ١٤ فقرة أولى من قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ .

(٤) Cassation commerciale, 13 novembre 1969, Bulletin Civil. 1969, IV, p. 311.

(٥) Cassation commerciale, 27 mai 1972, Bulletin civil. 1972, IV, p. 154.

المرتهن بدفع الاجرة تفادياً لفسخ عقد التأجير التمويلى العقارى .

لكن الأمر رهين بقيام شركة التأجير التمويلى باعلان الدائن المرتهن بنيته فى فسخ عقد التأجير التمويلى ، والا كان الفسخ غير نافذ فى مواجهته ، وهو ما لا يمكن رفعه بأى إجراء لاحق فى حالة تخلف الإعلان [١] . ومن هنا تأتى أهمية الزام المستفيد باخطار الشركة بترتيب الرهن على المحل التجارى .

جـ) واجبات المستفيد فى حالة رهن الأصل أو الاجرة :

٤١٧ – تحتفظ شركة التأجير التمويلى بملكية الأصل ، منقولا كان أو عقاراً، طوال مدة عقد التأجير التمويلى . ويترتب على ذلك جواز قيامها برهن الأصل لبعض دائنيها . ومن جانب آخر تكون شركة التأجير التمويلى دائنة للمستفيد بأقساط الأجرة ، وهى تستطيع بهذا الوصف رهن الدين الذى يشغل ذمة المستفيد .

وقد تتأثر حقوق والتزامات المستفيد بسبب ترتيب الرهن على الأصل أو دين الأجرة . ونظراً لإختلاف أحكام القانون الفرنسى فى كل فرض منها ، يجدر بنا ان نعرض أولاً لفرض رهن المنقول ، ثم لفرض رهن العقار ، وأخيراً لفرض رهن دين الأجـرة

١ – رهن المنقول :

٤١٨ – بالرغم مما هو ثابت لشركة التأجير التمويلى من حق رهن المنقول المؤجر ، باعتبارها المالكة له ، تحرص عقود التأجير التمويلى للمنقولات على النص على ان الشركة تحتفظ بحقها فى رهن المنقول . ويقترن ذلك بتعيين المستفيد طرفا اجنبياً فى تسلم المنقول المرهون رهناً حيازياً .

ويلاحظ أنه يمكن لشركة التأجير التمويلى رهن المنقول طبقاً لأحكام قانون

Cassation commerciale, 25 mai 1970, Dalloz 1970, Sommaires 166. (١)

١٨ يناير ١٩٥١ الخاص برهن المعدات الإنتاجية وأدوات العمل [١] ، إذ رأينا ان التأجير التمويلي الخاضع لأحكام قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ لا يرد الا على المعدات الإنتاجية وأدوات العمل دون غيرها من المنقولات المادية . وأهم ما يتميز به القانون المشار إليه هو ارسائه لرهن رسمي للمعدات الإنتاجية وأدوات العمل على غرار رهن العقارات رهناً رسمياً ، وبالتالي لا يستوجب انفاذ الرهن في مواجهة الغير نقل حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن . وتطبيقاً لذلك في مجال التأجير التمويلي يتقرر استمرار المستفيد في الانتفاع بالمنقول المؤجر .

الا أن لتطبيق قانون ١٨ يناير ١٩٥١ نطاقاً محدوداً من حيث الاشخاص الذين يحق لهم رهن المنقول رهناً رسمياً ، ومن حيث المدة التي يجب فيها ترتيب الرهن المشار إليه : فمن جانب لا يجوز ترتيب الرهن الا لمصلحة بائع المنقول أو مقرض ثمن شرائه [٢] ، ومن جانب آخر يجب ابرام عقد الرهن في موعد اقصاه شهرين من تاريخ تسلم المشترى للمنقول في الموقع الذى يزمع استعماله فيه [٣] .

ولا شك ان شركة التأجير التمويلي قد تقترض الأموال اللازمة لشراء المنقول ، ويمكنها بالتالي تقرير رهن رسمي عليه لمصلحة المقرض . ومع ذلك يبدو من ربط المشرع بين تقرير الرهن وواقعة تسلم المنقول في الموقع الذى يزمع استعماله فيه أنه كان يواجه في المقام الرئيسي الفرض الذى يقترض فيه المشترى لأجل شراء منقول يزمع استعماله بنفسه . اما الفرض الآخر الذى يواجهه المشرع ، ،وهو الفرض الخاص ببائع المنقول ، فنادراً ما تقوم شركة التأجير التمويلي بشراء المنقول بالتقسيط وانما الأصل هو الوفاء بالثمن كاملاً عقب تسلم المستفيد للمنقول من البائع .

٤١٩ - لذلك غالباً ما يتم رهن المنقول رهناً حيازياً طبقاً لأحكام المواد ٢٠٧٣

---

(١) Journal Officiel, 19 janvier 1951, p. 715. Dalloz 1951, Législation 35.

(٢) المادة الأولى فقرة أولى من قانون ١٨ يناير ١٩٥١ .

(٣) المادة الثالثة فقرة أولى من القانون ، المعدلة بموجب القانون رقم ٦٩ - ١١٢٩ بتاريخ ١٩ ديسمبر ١٩٦٩ .

وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى . ولا يكون الرهن نافذاً فى مواجهة الغير الا إذا تم نقل حيازة المنقول المرهون إلى الدائن المرتهن . ويمكن الاتفاق على تعيين شخص اجنبى يتسلم المنقول بدلاً من تسليمه إلى الدائن المرتهن [1] .

ويقضى عقد التأجير التمويلى بقبول المستفيد مركز الاجنبى فى تسلم المنقول فى حالة رهنه رهناً حيازياً ، وهـو ما يسمح بمضى المستفيد فى الانتفاع بالمنقول المؤجر . لكن فى واقع الأمر تتفادى الشركة باتفاقها مع الدائن المرتهن على تعيين المستفيد اجنبى فى تسلم المنقول رجوع المستفيد عليها بضمان التعرض ، حيث يكتسب الدائن حقه فى التعرض للمستفيد من الشركة الممولة ذاتها. ومن جانب آخر تستطيع الشركة استغلال ملكيتها للمنقول فى تقديمه كضمان مقابل حصولها على الائتمان دون ان تتحمل اعباء حراسة المنقول والمحافظة عليه . ويضاف إلى ذلك إمكانية رهن المنقول لأكثر من دائن ، وهو ما يقرره تعيين الاجنبى فى تسلم المنقول من ميزة فى هذا الخصوص [2] .

ولقد رأينا من قبل ان عقد التأجير يلقى على عاتق المستفيد القيام بجميع الأعمال اللازمة للمحافظة على الأصل المؤجر وصيانته ، فضلاً عن تحمله تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة . ولكن بوصفه اجنبياً فى تسلم المنقول المرهون يمكن لشركة التأجير التمويلى الرجوع عليه بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب اخلال المستفيد بالتزامه بالمحافظة على المنقول المرهون وانعكاس ذلك على علاقة شركة التأجير التمويلى الراهنة بالدائن المرتهن . فضلاً عن جواز رجوع الدائن المرتهن بالتعويض على المستفيد بسبب اخلاله بالالتزامات الملقاة على عاتقه بوصفه اجنبياً فى تسلم المنقول المرهون [3] .

---

(١) المادة ٢٠٧٦ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) JULLIOT DE LA MORANDIERE, op. cit.,p. 291 No 570.

(٣) يفرض القانون على عاتق الدائن المرتهن الذى يتسلم المنقول المرهون التزاماً ببذل عناية الرجل المعتاد فى المحافظة عليه ، وهو ما يلتزم به الاجنبى فى تسلم المال المرهون (انظر فى هذا المعنى : -JUL LIOT DE LA MORANDIERE, op. cit., p. 297 No 584.) . ولذلك =

وخلاصة القول ان تعيين المستفيد اجنبى فى تسلم المنقول المرهون هو سبيل شركة التأجير التمويلى إلى رهن المنقول دون أن تخل بالتزامها بتمكين المستفيد من الانتفاع به ، كما يعد وسيلة لتحمل المستفيد جميع الاعباء الناشئة عن رهن المنقول. فالمستفيد لا يتكبد فقط حرمانه من ملكية المنقول لتقرير ضمـان فعال للشركة الممولـة ، وانما يتحمل فوق ذلك تبعات استغلال الشركة لملكيتها له فى سبيل حصولها على الائتمان .

٢ - رهن العقـار :

٤٢٠ - إذا أنّ لشركة التأجير التمويلى رهن العقارالمموك لها فإن ذلك يتحقق طبقاً لأحكام الرهن الرسمى . وهو لا يقتضى انتقـال حيازة العقـار إلى الدائن المرتهن [١] إذ يتكفل اجراء قيود الشهر العقارى انفاذ الرهن فى مواجهة الغير [٢] .

ويترتب على ذلك عدم التعرض للمستفيد فى انتفاعه بالعقار المؤجر . كذلك ليس هناك مجال لتعيينه اجنبى فى تسلم المال المرهون وبالتالى لا يتحمل المستفيد تبعات ذلك على خلاف ما عرضنا له فى شأن رهن المنقول رهناً حيازياً .

لكن الأمر لا يعنى عدم تأثر مركز المستفيد برهن العقار رهناً رسمياً . ذلك أن مآل العقار ان تنتقل ملكيته إلى المستفيد فى موعد اقصاه نهاية مدة العقار ، ويترتب على ذلك اكتساب المستفيد حينئذ وصف حائز العقار الذى يستطيع الدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون تحت يديه [٣] .

وجدير بالاشارة إلى ان عقود التأجير التمويلى لا تفرض على عاتق الشركة

= إذا أخل المستفيد بالتزامه بالمحافظة على المنقول ثارت مسئوليته فى مواجهة كل من الراهن والدائن المرتهن . ويتفادى بالتالى هذا الأخير رجوع الشركة الممولة عليه بسبب ما اصاب المنقول من هلاك أو تلف .

(١) المادة ٢١١٤ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) حول أحكام لائحة ٤ يناير ١٩٥٥ فى شأن الشهر العقارى والمتعلقة برهن العقارات رهنا رسمياً ، أنظر : RIPERT et BOULANGER, op. cit., p. 81 et s.

(٣) انظر فى مفهوم الحائز فى القانون الفرنسى : PLANIOL, op. cit., p. 960 No 3168

الممولة التزاماً بنقل ملكية العقار إلى المستفيد خاليه من القيود أو الحقوق العينية التبعية التى تثقله ، بل ان الأمر متروك كلية للقواعد العامة وبالتالى يتعرض المستفيد للتنفيذ على العقار الذى آلت إليه ملكيته على ان يرجع على الشركة الممولة بضمان الاستحقاق وايا كان شأن الحماية المقررة للمستفيد طبقاً لأحكام الضمان فقد لا يغنيه شىء عن زوال ملكيته للعقار بعد ما تكبده من اعباء مالية كبيرة تنفيذاً لعقد التأجير التمويلى .

ويجب فى هذا الصدد التحفظ لفرض بناء العقار على ارض مملوكة للمستفيد، ذلك أنه طبقاً لأحكام الايجار البنائى أو الايجار الحكرى تنتقل ملكية المبانى إلى مالك الارض خالية من كل قيد عينى أو شخصى باستثناء حقوق الارتفاق التى تكون شركة التأجير التمويلى قد قررتها على العقار [١] ولكن يراعى أنه فى حالة فسخ عقد ايجار الارض قبل انقضائه ، وذلك سواء كان الفسخ بالتراضى أو بسبب اخلال أى من العاقدين بالتزاماته ، لا تنقضى حقوق الرهن أو الامتياز المقيدة الا فى التاريخ المحدد لانقضاء عقد الايجار [٢] وفى هذه الحالة يعلم الدائن المرتهن أو الدائن الممتاز بالطابع المؤقت للضمان المقرر له على العقار [٣]

٤٢١ - وفى صور التأجير التمويلى العقارى الأخرى خلاف ما تقدم تتأثر حقوق المستفيد برهن العقار رهناً رسمياً ، خاصة إذا اخذنا فى الاعتبار أنه لا مجال للاعتداد بالرهن الذى يثقل العقار عند تحديد قيمة ثمنه . ذلك ان المستفيد يتحمل قيمة العقار كلية من خلال أقساط الاجرة ولا يكون ثمن التملك فى نهاية مدة العقد الا ثمناً رمزياً ويعنى ذلك ان المستفيد يتعرض للتنفيذ على العقار بعد ان أوفى

---

(١) المادة ٢٥١ - سادساً فقرة أولى من اللائحة رقم ٧٨ - ٦٢١ بتاريخ ٣١ مايو ١٩٧٨ فى شأن الايجار البنائى وكان الحكم ذاته مستقراً بالنسبة إلى عقد الايجار الحكرى . أنظر
SAINT-ALARY. op. cit.. p. 79

(٢) المادة ٢٥١ - سادساً فقرة ثانية من لائحة ٣١ مايو ١٩٧٨ ولا يختلف الحكم فيما يتعلق بفسخ عقد الايجار الحكرى

(٣) SAINT-ALARY. op. cit. p 79

بكامل قيمته وما يزيد على ذلك . ولا يبقى أمامه بعد ذلك سوى الرجوع على شركة التأجير التمويلى بالضمان .

ويمكن للمستفيد تفادى التنفيذ على العقار إذا أعمل احد الخيارات المقررة قانوناً لحائز العقار وتتمثل فى قضاء الدين المضمون بالرهن أو التخلى عن العقار أو تطهيره [1] . وفى كل الأحوال يكون للمستفيد الرجوع على شركة التأجير التمويلى - المدين الأصلى - بالدين المضمون بالرهن . وإذا عجز المستفيد عن إعمال أى من الخيارات المقررة له لا يستطيع تفادى التنفيذ على العقار ، ولا يكون أمامه فى هذه الحالة سوى الرجوع على شركة التأجير التمويلى إما بوصفها المدين الذى تسبب فى طلب توقيع الحجز على العقار ، أى تطبيقاً لأحكام الرهن الرسمى ، واما بوصفها بائعة العقار للمستفيد ، أى تطبيقاً لأحكام ضمان الاستحقاق فى عقد البيع .

٣ - رهـن دين الأجرة :

٤٢١ - تستطيع شركة التأجير التمويلى رهن الاجرة التى تكون دائنة بها تجاه المستفيد . ويجب اعلان المستفيد بالرهن لكى يكون نافذاً فى مواجهة الغير [2] . ويتجه الفقه إلى قياس أحكام نفاذ رهن الدين على أحكام نفاذ حوالة الحق المدنية ، وبالتالى تطبيق أحكام المادة ١٦٩٠ من التقنين المدنى الفرنسى على رهن الدين [3] .

ويترتب على ذلك ان رهن الدين يكون نافذاً فى مواجهة الغير اذا قبل المستفيد الرهن ، واذ ينص عقد التأجير التمويلى على احتفاظ الشركة الممولة بحقها فى رهن الأجرة يكون المستفيد قد قبل الرهن من قبل نشوئه . ولا حاجة بشركة التأجير التمويلى بعد ذلك إلى إعلان المستفيد بالرهن ، إلا أنه من صالحها اخطاره به لضمان وفائه بالالتزامات التى تترتب على عاتق المدين فى حالة رهن الدين .

ويلاحظ أنه طبقاً للقواعد العامة إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين

---

(١) انظر فى ذلك : PLANIOL, op. cit., p. 961 et s.

(٢) المادة ٢٠٧٥ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) JULLIOT DE LA MORANDIERE, op. cit., p. 292 No 572.

المضمون بالرهن مستحق الاداء يحق للدائن المرتهن ان يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له ، على ان يتم القبض مما يغله الدين من فوائد أولاً ثم من أصل الدين، او من أصل الدين فى الحالة التى لا يغل فيها فوائد [1] . كذلك لا يجوز للمدين الراهن اقتضاء الدين المرهون قبل استيفاء الدائن المرتهن كامل حقه ، بالاضافة إلى الفوائد الناشئة عنه والمصروفات [2] .

٤٢٢ – ويراعى أنه على ضوء الطبيعة المالية لنشاط شركة التأجير التمويلى غالباً ما تكون فى حاجة إلى تقديم الضمانات لمقرضيها من مؤسسات الائتمان المختلفة. فإن قامت الشركة برهن الأجرة يكون ذلك طبقاً لأحكام القانون رقم ٨١ – ١ بتاريخ ٢ يناير ١٩٨١ فى شأن تيسير سبل التمويل للمشروعات [3] . فموجب المادة الأولى فقرة أولى من القانون ، المعدلة بالمادة ٦١ من قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ فى شأن مؤسسات الائتمان ، يمكن رهن الحقوق التى تتقرر لطالب الائتمان لمصلحة مؤسسة الائتمان المقرضة إذا توافرت الشروط الآتية [4] .

١ – ان يتم منح الائتمان إلى شخص معنوى ، سواء من الأشخاص العامة أو من الاشخاص الخاصة ، أو إلى شخص طبيعى بمناسبة مزاولته للنشاط .

٢ – ان يكون المدين بالدين المرهون من الاشخاص المعنوية ، العامة أو الخاصة ، أو من الاشخاص الطبيعية وينشأ الدين بمناسبة مزاولته للنشاط .

٣ – ان يكون مانح الائتمان ، أى الدائن المرتهن ، من مؤسسات الائتمان فى مفهوم قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ .

وتقضى الفقرة الثانية من المادة ذاتها بأنه يمكن رهن الديون النقدية ، سواء

---

(١) المادة ٢٠٨١ من التقنين المدنى الفرنسى.

(٢) المادة ٢٠٨٢ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) Journal Officiel, 3 janvier 1981. JCP 1981 III 50734.

(٤) وجدير بالاشارة إلى ان قانون ٢ يناير ١٩٨١ يوحد فى أحكامه بين حوالة الحقوق الناشئة عن مزاولة الأنشطة الاقتصادية ورهنها . لكننا فى هذا المقام لا نشير الا إلى رهن الحقوق طبقاً لأحكام هذا القانون .

كانت مستحقة الاداء أو كانت مضافة إلى أجل . بل انه يمكن رهن الديون الناشئة عن تصرفات تم ابرامها بالفعل أو من المزمع عقدها ولم يتحدد بعد مقدارها أو ميعاد استحقاقها .

ويتقرر رهن الدين بقيام الرهن بتسليم قائمة Bordereau بالديون المرهونة ، على أنه يجب أن تتوافر البيانات الالزامية التى تنص عليها الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المشار إليه [١] . ويجب على الراهن توقيع القائمة المسلمة [٢] .

وجدير بالاشارة إلى ان الرهن ينشأ فى التاريخ المبين فى القائمة ، ويكون نافذاً فى مواجهة الغير بدءا من هذا التاريخ ايضاً [٣] . واعتبارا من هذا التاريخ يمكن للدائن المرتهن المعارضة فى وفاء المدين بالدين المرهون بهذا الدين إلى الراهن ، ويكون ذلك عن طريق اخطار المدين بالمعارضة فى الوفاء . وبالتالى لا تبرأ ذمة المدين الا بالوفاء بالدين المرهون إلى الدائن المرتهن [٤] .

وفى كل الأحوال يضمن الراهن وفاء المدين المرهون ، مالم يتفق على خلاف ذلك [٥] .

---

(١) وتتمثل هذه البايانات فيما يلى : (١) التسمية الصريحة للتصرف بأنه رهن للحقوق المهنية Acte de créances professionnelles . (٢) النص على خضوع التصرف لأحكام قانون ٢ يناير ١٩٨١ . (٣) اسم ومركز مؤسسة الائتمان أى الدائن المرتهن (٤) تعيين الدين المضمون تعييناً نافياً للجهالة وذلك ببيان إسم المدين ومكان الوفاء ومقدار الدين أو عناصر تقديره وميعاد استحقاقه . وطبقاً للفقرةالسادسة من المادة الأولى لا يعد رهن الدين فى حالة تخلف أحد البيانات الالزامية المذكورة من قبيل رهن الحقوق المهنية فى مفهوم هذا القانون ، وبالتالى فإنه لا يخضع لأحكامه .

(٢) المادة الثانية فقرة أولى من قانون ٢ يناير ١٩٨١ .

(٣) المادة الرابعة فقرة أولى من قانون ٢ يناير ١٩٨١ .

(٤) المادة الخامسة من القانون . ويراعى أنه يمكن للمستفيد ، بناء على طلب الدائن المرتهن ، التعهد باداء الدين مباشرة إليه . ويجب أن يكون التعهد مفرغاً فى قالب كتابى بعنوان « قبول رهن الحق المهنى » ، والا كان باطلاً . وفى هذه الحالة لا يجوز للمدين الاحتجاج فى مواجهة الدائن المرتهن بالدفوع التى يكون له ابداؤها فى مواجهة الراهن ما لم يكن الدائن المرتهن قد تعمد الإضرار بالمدين عند قبضه للدين المرهون : المادة السادسة من القانون .

(٥) المادة الأولى – أولاً فقرة ثانية من القانون ، المضافة بموجب قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤

ومن أهم ما أتى به قانون ٢ يناير ١٩٨١ ما يقضى به من أنه فى حالة رهن الديون تنتقل ضمانات الدين إلى الدائن المرتهن عند تسليمه القائمة ، دون حاجة إلى النص على ذلك فى القائمة المذكورة [١] . ولقد رأينا من قبل ان المستفيد يقدم إلى شركة التأجير التمويلى عدة ضمانات للوفاء بالاجرة ، مما يترتب عليه انتقالها إلى الدائن المرتهن .

ويضاف إلى ذلك أنه اعتباراً من التاريخ الثابت فى قائمة الديون المرهونة لا تستطيع شركة التأجير التمويلى تعديل نطاق الحقوق المرتبطة بالديون المرهونة ، مالم يوافق الدائن المرتهن أى مؤسسة الائتمان على ذلك [٢] . ومؤدى ذلك ان الشركة لا تستطيع خفض مجموع اقساط الاجرة التى يوفى بها المستفيد فى حالة إعمال حقه فى تملك الأصل المؤجر قبل بلوغ العقد منتهاه . كذلك لا يحق للشركة بدءاً من هذا التاريخ النزول عن الضمانات المقررة للوفاء بالأجرة .

٤٢٣ – يتبين لنا من كل ما تقدم مدى التزام المستفيد بتوفير حماية فعالة للضمان المقرر لشركة التأجير التمويلى والمتمثل فى ملكية الأصل المؤجر . فهو يلتزم باستعماله على نحو لا يضر بحقوق الشركة ، كما يلتزم بالقيام بجميع أعمال الصيانة اللازمة للمحافظة عليه ، كما أنه ملتزم بالتأمين على الأصل للوقاية من عجز المستفيد عن مواجهة الاعباء المالية المرتبطة بتحمله تبعة هلاك الأصل على نحو مطلق .

وفى المقابل تستطيع شركة التأجير التمويلى استغلال ملكيتها للأصل على أفضل وجه ، وذلك برهنه لدائنيها مقابل الحصول على الائتمان . وهى من جانب تأمن من رجوع المستفيد عليها بسبب اخلالها بالتزامتها بتمكين المستفيد من الانتفاع بالاصل ، كما تلقى على عاتقه من جانب آخر جميع الاعباء الناشئة عن رهن الأصل المؤجر .

---

(١) المادة الرابعة فقرة ثالثة من القانون ، المضافة بموجب قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ .
(٢) المادة الرابعة فقرة ثانية من القانون .

وهكذا نجد نطاق التزامات المستفيد العقدية واسعاً يشمل كل ما يضمن حماية وفعالية حق الملكية الذى تكتسبه شركة التأجير التمويلى وتحتفظ به طوال مدة العقد ، فضلاً عن التزامه بدفع اقساط الاجرة التى تجعل من التأجير التمويلى أكثر سبل التمويل تكلفة مع التزامه بتقديم الضمانات المناسبة لوفائه بالتزامه هذا . بينما وجدنا نطاق التزامات شركة التأجير التمويلى جدا محدوداً خاصة فيما يتعلق بتمكين المستفيد من الانتفاع بالاصل . ويمكن معه القول أنه لولا أقحام ملكية الأصل فى البناء الإرادى للتأجير التمويلى لما عنى الاتفاق بتنظيم استعمال المستفيد له بل يرجح معه تركه خارج اطار عقد التأجير التمويلى[1] .

ثالثاً : مسئولية المستفيد الناشئة عن الانتفاع بالأصل :

٤٢٤ – إذا كان جلياً ان شركة التأجير التمويلى تتعمد عدم الالتزام بكل ما يتعلق بانتفاع المستفيد بالأصل المؤجر ، فإنها من باب أولى تسعى إلى البقاء بعيداً عن كل مسئولية يمكن ان تنشأ عن الانتفاع بالأصل . وسبيلها إلى ذلك ان تزيد من نطاق الالتزامات المفروضة على المستفيد واعتباره مسئولاً عن كل ما ينشأ عن انتفاعه بالأصل من اضرار .

وأهم صور المسئولية فى هذا الصدد المسئولية عن الأضرار التى تلحق الغير بسبب الأصل المؤجر . كذلك فى الفروض التى تكون الشركة قد رتبت رهنا على الأصل المؤجر قد تثور مسئوليتها عن اضعاف الضمان بسبب ما يلحق الأصل من هلاك أو تلف حال استعمال المستفيد له .

أ) المسئولية عما يحدثه الأصل من ضرر :

٤٢٥ – يمكن ان يتسبب الأصل المؤجر فى الحاق الضرر بالغير . والمثال على ذلك تهدم جزء من العقار المؤجر فيصيب أحد الاشخاص أو يتلف بعض الأموال ، أو

---

(١) انظر رسالتنا للدكتوراه ، سابق الاشارة إليها ، ص ٨٢٦ وما بعدها .

انفجار المعدة مما يترتب عليه وفاة بعض الاشخاص أو اصابتهم . كذلك فى الفروض التى يرد فيها عقد التأجير التمويلى على إحدى وسائل النقل قد تثار المسئولية عما تحدثه من اضرار بالغير نتيجة الحوادث التى تتعرض لها [(١)] .

وطبقاً للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى يكون حارس الشىء مسئولاً عن الاضرار التى يسببها للغير . ويستند القضاء الفرنسى إلى النص المتقدم فى ارساء نظرية عامة فى المسئولية الشيئية [(٢)] . ويمكن اثارة مسئولية الحارس بغض النظر عن طبيعة الشىء أى سواء كان من المنقولات أو من العقارات [(٣)] . الا أن نطاق تطبيق المادة ١٣٨٤ فقرة أولى يقف عند حدود المسئولية الناشئة عن تهدم البناء اذ تحكمها المادة ١٣٨٦ من التقنين المدنى الفرنسى . وطبقاً لهذه المادة الاخير يبقى مالك البناء فى جميع الأحوال مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن تهدم البناء ، أى حتى فى الفروض التى تنتقل فيها حراسة البناء إلى شخص آخر [(٤)] .

٤٢٦ - ويتضح مما تقدم أنه يمكن للغير اثارة مسئولية شركة التأجير التمويلى عن الأضرار الناشئة عن تهدم العقار المؤجر ، وذلك بوصفها المالكة لهذا العقار . ولا تستطيع الشركة ان تدفع تلك المسئولية باقامة الدليل على نقل حراسة العقار إلى المستفيد .

أما فيما يتعلق بأحكام المسئولية الشيئية فإنه طبقاً للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى من

---

(١) وتجدر الاشارة فى هذا الصدد إلى الأحكام القانونية الخاصة بمسئولية مجهز السفينة ومسئولية مستغل الطائرة عن الأضرار التى تلحق الغير بفعل السفينة أو الطائرة وما يترتب عليها من آثار . وعلى ضوئها يتبين ما إذا كان المستفيد وحده هو المسئول عن هذه الأضرار أم انه يمكن إثارة مسئولية شركة التأجير التمويلى .

(٢) انظر فى تطور بناء نظرية المسئولية الشيئية فى القضاء الفرنسى :
LARROUMET: Responsabilité du fait des choses inanimées, Encyclopédie Dalloz Civil, VI, No 24 et s.

(٣) LAPOYADE DESCHAMPS: Note sous Cassation civile, 3° chambre, 20 octobre 1971, Dalloz 1972, Jurisprudence 414.

(٤) LARROUMET, op. cit., No 202.

التقنين المدنى الفرنسى يكون حارس الشيء مسئولاً عن الاضرار التى تنشأ عنه والحارس هو من تتقرر له سلطة استعمال وتوجيه والاشراف على الشيء [1] . ويشترط القضاء الفرنسى ان تكون السلطة المقررة للحارس سلطة فعلية لا سلطة رمزية [2] .

وتعنى سلطة الاستعمال استخدام الشيء فى نشاط ما [3] ، وهى تفترض هيمنة فعلية على الشيء اما بصورة مباشرة ومادية وإما من خلال شخص آخر [4] . اما سلطة التوجيه والاشراف فهى تفترض تسلط الحارس على الشيء بغض النظر عن وجه استخدامه [5] ، وبعبارة اخرى ان يكون استعمال الحارس للشيء لحسابه الخاص وعلى نحو مستقل مما يترتب عليه تمتعه بسلطة ذاتية مقررة له فى توجيه الشيء والاشراف عليه [6] .

وتطبيقاً لذلك فى مجال التأجير التمويلى لا شك فى وجوب اعتبار المستفيد حارساً للأصل المؤجر ، حيث يتقرر له استعمال الأصل ويتسع نطاق توجيهه والاشراف عليه بعزوف شركة التأجير التمويلى عن التدخل فى هذا الصدد [7] . وان كان من المقرر ان الحراسة تنتقل إلى المستأجر فى اطار عقد الايجار التقليدى فمن باب أولى تنتقل تلك الحراسة إلى المستفيد فى اطار عقد التأجير التمويلى . ويترتب على ذلك ان يكون المستفيد مسئولاً عن الاضرار التى تلحق الغير بسبب الأصل

---

(١) Cassation, Chambres Réunies, 2 décembre 1941, Revue Critique Dalloz, 1942, Jurisprudence 25. (Arrêt Franck).

(٢) Cassation civile, 3° chambre, 20 octobre 1971. note précitée.

(٣) STARCK: La SNCF est-elle responsable des dommages causés par le jet de bouteilles à partir de ses convois ? ou l' inconnu du Sud-Express, Dalloz 1973, Chronique 269.

(٤) LARROUMET, op. cit., No 240.

(٥) LARROUMET, op. cit., No 236.

(٦) STARCK. op. cit..

(٧) وجدير بالاشارة إلى أن فرض بعض القيود على المستفيد فيما يتعلق باستعماله للأصل لا يحول دون اعتباره حارساً له لتمتعه فعلاً بالسلطات المميزة للحراسة ، أى سلطة الاستعمال والتوجيه والاشراف

تطبيقاً للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى .

٤٢٧ – ومع ذلك لا تأمن شركة التأجير التمويلى من إمكانية رجوع المضرور عليها بالمسئولية . ويرجع ذلك أولاً إلى قرينة الحراسة التى يفترض بموجبها ان مالك الشيء هو الحارس له . ولا يخفى ما لهذه القرينة من أهمية بالنسبة إلى المضرور فى حالة جهله بواقعة نقل الحراسة إلى شخص آخر من جانب وتفاديه عبء إثبات عناصر الحراسة فى حالة رجوعه بالمسئولية على شخص غير المالك [١] . ويميل القضاء الفرنسى إلى التوسع فى إعمال هذه القرينة فى الفروض التى يكون فيها المالك أكثر يساراً من الحارس الفعلى [٢] .

الا أن قرينة الحراسة قرينة بسيطة ويجوز للمالك اقامة الدليل على انتقال الحراسة إلى شخص آخر [٣] ، وهو ما قد يبدو يسيراً فى مجال التأجير التمويلى نظراً لموقف الشركة الممولة السلبى من الأصل والانتفاع به وبالتالى انتقال جميع السلطات المرتبطة باستعماله وتوجيهه والاشراف عليه إلى المستفيد . لكن يراعى ان مجرد الاشارة فى العقد إلى أن المستفيد يعد حارساً للأصل لا يرقى إلى مصاف الدليل على انتقال الحراسة إليه : فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى ان الاشارة فى عقد الايجار على نقل الحراسة إلى المستأجر أو على العكس فى حالة غياب تلك الاشارة ، لا تقوم دليلاً على نقل الحراسة إلى المستأجر أو على العكس بقاء المؤجر حارساً للعين المؤجرة. لكن العبرة دائماً بالسلطة الفعلية والشخصية فى توجيه الشيء والاشراف عليه [٤] .

ومن جانب آخر قد تتعرض شركة التأجير التمويلى لرجوع المضرور عليها بالمسئولية تطبيقاً للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى بالنظر إلى ما

---

(١) LARROUMET, op. cit., No 307 et s.

(٢) انظر على سبيل المثال : Cassation civile, 2° chambre, 10 Juin 1960, Dalloz 1960, Jurisprudence 609, note RODIERE.

(٣) Cassation civile, 2° chambre, 11 juin 1953, Dalloz 1954, jurisprudence 21, note RODIERE.

(٤) Cassation civile, 28 mars 1973, Dalloz 1973 I.R. 111.

يتجه إليه القضاء الفرنسى ، رغم تردده الملحوظ فى هذا الصدد ، إلى التمييز بين حراسة البنيان الهيكلى للشىء وحراسة توجيه واستعمال الشىء [١] . فإن كان الضرر الذى يلحق بالغير ناشئاً عن عيب فى الشىء يبقى الشخص الذى كان متمتعاً بالسلطات المميزة للحراسة مسئولاً عن الضرر بالرغم من نقل الحراسة إلى شخص آخر ، اما إذا كان الضرر ناشئاً عن التقصير فى واجب العناية عند توجيه واستعمال الشىء يكون الحارس الفعلى للشىء مسئولاً عن الضرر [٢] .

ولقد ذهب القضاء الفرنسى فى أول الأمر الى تبنى هذه التفرقة لتقرير مسئولية مالك الشىء عن الاضرار التى يتسبب فيها بوصفه حارس البنيان الهيكلى واعفاء من يحوز الشىء حيازة مادية من تلك المسئولية . ثم استند القضاء فى مرحلة لاحقة إلى ذات التفرقة لاثارة مسئولية منتج الشىء دون مالكه بالرغم من اعتبار هذا الاخير حارساً له . وتقوم هذه التفرقة على اساس ان المالك أو المنتج بحسب الأحوال هو الشخص القادر على الكشف عما يعترى الشىء من عيوب يمكن ان تسبب اضراراً للغير [٣] .

ويشير البعض إلى ما يترتب على التمييز بين حراسة البنيان الهيكلى وحراسة التوجيه والاستعمال من تقريب بين مركز حارس البنيان الهيكلى ومركز الملتزم بضمان العيوب الخفية [٤] . ويثور التساؤل عن موقف القضاء من مدى اعتبار من يكون ملتزماً

---

(١) VINEY: note précitée sous Cassation civile, 1° chambre, 12 novembre 1975 et Cour d' appel de Paris, 5 décembre 1975.

(٢) RIPERT: note sous Cassation, Chambres Réunies, 13 février 1930, Dalloz Périodique 1930, I, 57.

(٣) حول انتقاد موقف القضاء الفرنسى والاساس الذى يستند إليه فى التمييز بين نوعى الحراسة ، انظر : LARROUMET, op. Cit., No 248 et s.

(٤) NANA, op. Cit., p. 208 No 344 et s. فكلاهما لا يكون مسئولاً الا عن الضرر الذى ينشأ عن العيب ، ولا يسألان الا عن العيب الذى لم يكشفه الدائن بالضمان أو الحارس ، وبشرط ان يكون وجود العيب سابقاً على تسليم الشىء أو نقل الحراسة . والاختلاف الوحيد يكمن فى عدم اشتراط جسامة العيب عند اثارة مسئولية حارس البنيان الهيكلى على خلاف الملتزم بالضمان ويرجع الأمر إلى اختلاف دور الإرادة فى كلا الفرضين وافتراض جسامة العيب إذا كان من شأنه ان يعرض الغير للضرر ، وهو ما يكون متحققاً فى حالة اثارة مسئولية حارس البنيان الهيكلى للشىء

بضمان العيوب حارساً للبنيان الهيكلى للشىء دائما وبالتالى مسئولاً عن الاضرار التى تلحق بالغير والتى تكون ناشئة عما يعترى الشىء من عيوب . ولئن كان استعراض احكام القضاء الفرنسى لا ينبىء عن اتجاه محدد فى هذا الصدد الا أن القول بمسئولية الملتزم بضمان العيوب عن الاضرار التى تسبب فيها العيب يعرض شركة التأجير التمويلى لتلك المسئولية : فهى بوصفها مؤجراً تكون ملتزمة بضمان العيوب ولا تستطيع الاحتجاج فى مواجهة الغير بما يتضمنه عقد التأجير التمويلى من شرط اعفائها من الالتزام بالضمان .

ومع ذلك من المحتمل ان يقيس القضاء حكم التأجير التمويلى على حكم البيع مع احتفاظ البائع بالملكية على سبيل الضمان وحكم البيع الايجارى : فالأصل ان حراسة المبيع تنتقل من البائع إلى المشترى ، بل ان قرينة الحراسة تلعب دورها فى مواجهة المشترى باعتبار ان الملكية قد انتقلت إليه . ويلاحظ ان المشترى قد يكتسب ملكية المبيع قبل ان تتقرر له السلطات المميزة للحراسة كما فى الفرض الذى يستبقى فيه البائع حيازة المبيع تحت مسمى آخر كالايجار مثلاً . وقد تنتقل سلطات الحراسة إلى المشترى قبل ان يصير مالكاً للمبيع ، ويكون ذلك فى فرضى احتفاظ البائع بالملكية على سبيل الضمان والبيع الايجارى . ولا مجال فى هذا الصدد للتمييز بين حراسة البنيان الهيكلى وحراسة التوجيه والاستعمال كما فى فرض الايجار أو العارية وسائر العقود التى لا تهدف إلى نقل ملكية الشىء [١] .

الا أن الرأى المتقدم لا يجعل شركة التأجير التمويلى فى مأمن من رجوع الغير عليها بالمسئولية ، وذلك بالرغم من الاحتمال الراجح لتبنى القضاء الفرنسى فكرة ان مآل الملكية ان تنتقل المستفيد [٢] . فالتمييز بين نوعى الحراسة غير مقصور على علاقة

---

(١) انظر فى التحليل المتقدم : LARROUMET, op. cit., No 372, 373.

(٢) فلقد رأينا من قبل ان هذه الفكرة استخدمت ضمن الحجج الرامية إلى استبعاد تطبيق حكم المادة ١٨٤٠ - أ من التقنين الضريبى العام على عقود التأجير التمويلى العقارى . كذلك سوف نرى بمعرض الحديث عن نظرية الايجار المالى فى تكييف عقد التأجير التمويلى ما اتجه إليه انصار =

مالك الشيء بالمنتفع به بل رأينا ان القضاء الفرنسي يعمل في بعض الفروض التمييز المتقدم في العلاقة بين منتج ، وما يلحق به من البائع محترف ، وبين مالكه . وان افترضنا مجازاً ان الشركة تقوم ببيع الأصل إلى المستفيد فإنها تتعرض مع ذلك لاثارة مسئوليتها تجاه الغير بوصفها حارس البنيان الهيكلي .

٤٢٨ - وازاء ذلك تتضمن عقود التأجير التمويلي شرطاً نمطياً يعد المستفيد بموجبه حارساً للأصل المؤجر اعتباراً من تاريخ تسلمه اياه وحتى انقضاء مدة العقد . وتطبيقاً لذلك يكون المستفيد مسئولاً قبل الغير عن جميع الاضرار التي تلحق بهم بفعل الأصل . وتحرص العقود على تأكيد مسئولية المستفيد في جميع الأحوال سواء كان الضرر ناشئاً عن تقصير أو اهمال في استعمال الأصل أو كان راجعاً إلى عيب ذاتي فيه أو خطأ في تركيبه في موقع تشغيله (١) .

ويترتب على ذلك ان يكون المستفيد مسئولاً عن جميع الاضرار التي تلحق بالغير ، سواء كانت هذه الاضرار بدنية أو مادية ، وسواء كان الضرر يرجع إلى اساءة استعمال الأصل أو إلى عيب ذاتي فيه ، مما يعد محاولة لاعتبار المستفيد مسئولاً في جميع الأحوال دون تفرقة بين مسئولية حارس البنيان الهيكلي للشيء ومسئولية حارس التوجيه والاستعمال . ولا يجد نطاق مسئولية المستفيد حدوداً لها إلا في احكام القانون ذاته ، اذ من المقرر إمكانية دفع المسئولية اذا اقام الحارس الدليل على ان الضرر انما يرجع إلى سبب اجنبي لايد له فيه (٢) .

= هذه النظرية في سبيل استبعاد تطبيق أحكام لائحة ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ في شأن الايجار التجاري على عقود التأجير التمويلي العقاري ايضاً من الاستناد إلى الحجة ذاتها ومدى تبني القضاء الفرنسي هذا الرأي .

(١) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 103. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 54. CAPORALE, op. cit., p. 45. PACE: Pratique..., op. cit., P.B.8. SOLAL: Le crédit-bail mobilier..., op. cit, p. 286.

(٢) Cassation, Chambres Réunies, 13 février 1930, note précitée.

وإذا كنا قد اشارنا إلى عدم جواز الاحتجاج بما اتفق عليه الطرفان فى مواجهة الغير الا ان الاتفاق صحيح ومنتج لآثاره فيما بينهما [1] . ويترتب على ذلك أنه فى حالة رجوع الغير على شركة التأجير التمويلى بالمسئولية يمكن لهذه الاخيرة ان ترجع بدورها على المستفيد حيث يعد هذا الاخير المسئول الأوحد عن الاضرار التى تلحق بالغير وبعبارة اخرى يضمن المستفيد ، بموجب أحكام عقد التأجير التمويلى ، رجوع الغير على الشركة الممولة بالمسئولية .

٤٢٩ – ولم يفت شركات التأجير التمويلى مواجهة المخاطر التى تتعرض لها بسبب مسئولية المستفيد تجاه الغير عن الاضرار التى تلحق بهم بفعل الأصل المؤجر . فقد تتعرض الشركة بسبب التزام المستفيد بالتعويض لنوعين من المخاطر احدهما مباشر والآخر غير مباشر : فالخطر المباشر يكون فى حالة التزام الشركة بدفع التعويض إلى الغير وتجد المستفيد عاجزاً عند الرجوع عليه عن دفع ما تكبدته الشركة من تعويضات . اما الخطر غير المباشر فيكون فى حالة التزام المستفيد بدفع التعويض إلى الغير فينعكس ذلك على قدرته على مواجهة الاعباء الناشئة عن عقد التأجير التمويلى ، وبالتالى تتعرض الشركة لمخاطر عجز المستفيد عن دفع اقساط الاجرة .

وازاء ذلك يفرض عقد التأجير التمويلى على عاتق المستفيد التزاماً بالتأمين من مسئوليته لدى احدى شركات التأمين وطبقاً لنصوص العقد يتحمل المستفيد وحده عبء الوفاء باقساط التأمين ، كما أنه يتعهد بحمل شركة التأمين على قبول تعيين الشركة الممولة كمنتفع اضافى بالبوليصة إلى جانب المستفيد [2] .

ويلاحظ فى هذا الصدد ان شركة التأجير التمويلى لم تسع إلى اعتبارها المنتفع الأوحد من التأمين كما فى حالة التأمين على الحياة أو حالة التأمين على الأصل المؤجر ذلك ان اعتبار الشركة مؤمنا له اضافياً يسمح لها بمواجهة نوعى المخاطر التى

---

(١) Cassation civile, 2° chambre, 10 juin 1960, note précitée.

(٢) CAPORALE, op. cit., p. 45. PACE: Pratique..., op. cit, p. C9 CABRILLAC, op. cit., No 59. GAUDRION, op. cit., p 174 N'DIZI, op. cit., p. 163. OUERDRAOGO, op. cit., p 301

تتعرض لها فى حالة رجوع الغير بالتعويض عما لحقه من اضرار فإن كان رجوع الغير على المستفيد تغطى شركة التأمين مسئولية المستفيد مباشرة ولا يتأثر بالتالى مركزه المالى ويحفظ قدرته على مواجهة الاعباء المالية الناشئة عن عقد التأجير التمويلى . اما إذا كان رجوع الغير على شركة التأجير التمويلى فإنها تستطيع بوصفها مؤمنا له اضافياً اقتضاء التعويض من شركة التأمين مباشرة فتتفادى بذلك خطر عجز المستفيد عن دفع ذلك التعويض .

ب) المسئولية عن اضعاف الضمان :

٤٣٠ - من الثابت ان شركة التأجير التمويلى تكتسب مليكة الأصل وتحتفظ بها كضمان ضد مخاطر اعسار المستفيد . ويمكن للشركة استغلال ما يكون مقرراً لها من حقوق على الأصل فى تقديمه كضمان مقابل حصولها على الائتمان

ويترتب على تعرض الأصل المؤجر للهلاك أو التلف اضعاف الضمان المقرر لشركة التأجير التمويلى المتمثل فى ملكيتها للأصل . ومن جانب آخر قد تثار مسئوليتها عن اضعاف الضمان فى مواجهة دائنيها المرتهنين للأصل .

ولقد رأينا من قبل كيف تفرض عقود الزجير التمويلى على المستفيد التزاماً واسع النطاق بالمحافظة على الأصل المؤجر ، وذلك بفرض قيود عديدة على استعماله له من جانب والزامه باتخاذ جميع الأعمال اللازمة لصيانته من جانب آخر . ولا شك ان اخلال المستفيد بأى من الواجبات الملقاة على كاهله فى هذا الصدد يثير مسئوليته فى مواجهة الشركة الممولة .

وتكتمل معالم مسئولية المستفيد بتحميله تبعة هلاك أو تلف الأصل المؤجر للقوة القاهرة . ورأينا كيف يتحدد التعويض عن الاضرار التى تلحق بشركة التأجير التمويلى بموجب شرط جزائى يتضمنه العقد ، وكيف يتم الزام المستفيد بالتأمين على الأصل . وقد تبين لنا على ضوء وجه تخصيص مبالغ التعويض التى توفى بها شركة التأمين دور التأمين فى التخفيف من الآثار المالية الوخيمة التى يتعرض لها المستفيد فى حالة هلاك الأصل

٤٣١ - ولقد قيل فى هذا الصدد ان عقد التأجير التمويلى يرتب على عاتق المستفيد التزاماً فعلياً بضمان هلاك أو تلف الأصل المؤجر [١] . ويختلف الالتزام بالضمان عن مجرد تحمل تبعة الهلاك أو التلف حيث ان مفهوم تحمل التبعة يفضى إلى تحمل المستفيد لآثار الهلاك أو التلف دون ان يستطيع ان يلزم شركة التأجير التمويلى بالتزام ايجابى فى هذا الصدد ، ولكن دون ان يفرض الأمر ايضاً اداءات محددة على عاتق المستفيد . وبعبارة اخرى يترتب على تحمل المستفيد لتبعة الهلاك أو التلف المضى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى دون امكانية اثارة مسئولية الشركة الممولة . اما الالتزام بالضمان فيلقى على عاتق المستفيد اداءات ايجابية محددة فى حالة تعرض الأصل المؤجر للهلاك أو التلف . وهو ما يقرره عقد التأجير التمويلى مما يجعلنا نميل إلى أنه يفرض فى حقيقة الأمر التزاماً على عاتق المستفيد بضمان هلاك أو تلف الأصل المؤجر .

٤٣٢ - ولا يمكن تفسير مثل هذا الالتزام بالمركز القانونى للمستأجر الذى يتمتع به المستفيد طوال مدة عقد التأجير التمويلى . ذلك ان الأصل فى قواعد عقد الايجار ان المؤجر هو الذى يتحمل تبعة هلاك العين المؤجرة للقوة القاهرة . وطبقاً للمادة ١٧٢٢ من التقنين المدنى الفرنسى يجب التمييز بين حالة الهلاك الكلى وحالة الهلاك الجزئى : فإن كان الهلاك جزئياً فالمستأجر بالخيار بحسب الأحوال بين طلب فسخ عقد الايجار وطلب انقاص الأجرة . وفى كل الأحوال لا يكون هناك مجال لاقتضاء ثمة تعويض لأن الهلاك ، كلياً أكان أو جزئياً ، لا يرجع إلى خطأ أى من العاقدين وانما يرجع إلى القوة القاهرة .

ويعتبر الفقه الفرنسى حكم هذه المادة احد التطبيقات التشريعية النادرة لنظرية مخاطر العقد [٢] . ذلك ان القوة القاهرة جعلت تنفيذ التزام المؤجر بتمكين المستأجر

(١) GIOVANOLI, op. cit., p. 239 No 298.

(٢) MARTY et RAYNAUD, op. cit., p. 254 No 286. WEILL et TERRE, Droit civil : Les obligations, Précis Dalloz, Paris, 2° édition 1975, p. 195 No 505. GROSLIERE: Bail, op. cit., No 524.

من الانتفاع بالعين المؤجرة مستحيلاً ، وذلك بصفة كلية أو جزئية . ويترتب على ذلك انقضاء التزام المستأجر المقابل أى التزامه بدفع الاجرة فى حدود هذه الاستحالة أى فى حدود ما يعوق انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة بسبب ما لحقها من هلاك [١] .

ولا شك ان فى تطبيق حكم هذه المادة إضراراً أكيداً بمصالح شركة التأجير التمويلى . ذلك ان فسخ عقد التأجير التمويلى يفضى إلى الوقوف عن اهلاك رأسمالها المستثمر فى التمويل ، كما ان انقاص الاجرة يحول دون تمام اجراء هذا الاهلاك . ولذلك يتم استبعاد هذا الحكم بنص صريح فى عقد التأجير التمويلى ، اذ من المقرر ان حكم المادة ١٧٢٢ من التقنين المدنى الفرنسى لا يتعلق بالنظام العام [٢] .

ومع ذلك لا يفسر استبعاد حكم المادة ١٧٢٢ المشار إليه الزام المستفيد بالتأمين على الأصل المؤجر وما يترتب على هلاك الأصل من الزام المستفيد بدفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى أو اعادة البناء أو اعادة الأصل إلى حالته الأولى . وهى كلها اداءات ايجابية محددة يفرضها عقد التأجير التمويلى على عاتق المستفيد . فلو أن العقد اقتصر على الزام المستفيد بالمضى فى تنفيذ العقد ، أى الوفاء بأقساط الأجرة عند حلول آجالها المتعاقبة ، لكنا بصدد خروج محض على حكم المادة ١٧٢٢ من التقنين المدنى الفرنسى يحرم المستفيد من طلب الفسخ أو انقاص الأجرة ولقبعنا فى إطار مدى تحمله تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة دون أن يمتد الأمر إلى التزامه بضمان الهلاك .

٤٣٣ - ولقد حاول البعض تفسير ما يرتبه العقد من اداءات على عاتق المستفيد فى حالة هلاك أو تلف الأصل بمركزه كمشتر مستقبلى للأصل ، أى استناداً إلى فكرة ان مآل الملكية إلى الإنتقال إلى المستفيد فى نهاية مدة العقد [٣] .

---

(١) WEILL et TERRE, op. cit, p. 194 No 503.

(٢) وجدير بالاشارة إلى أنه طبقاً للقواعد العامة يمكن بوجه عام الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة : المادة ١٣٠٢ فقرة ثانية من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) CAPORALE, op. cit., p. 57.

فطبقاً لنص المادة ١٦٤٧ فقرة ثانية من التقنين المدنى الفرنسى يتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع بسبب القوة القاهرة ، ولا يتحمل البائع فى واقع الأمر سوى حالة الهلاك بسبب ما يعترى المبيع من عيوب وذلك بالرغم من انتفاء خطأ البائع [١] .

ويعتبر حكم المادة المشار إليها محض تطبيق للقواعد العامة فى شأن تحمل تبعة الهلاك فى التصرفات الناقلة للملكية [٢] . ويترتب على ذلك بقاء المشترى ملتزماً بدفع الثمن بالرغم من هلاك المبيع .

ولكن إذا افترضنا جدلاً أن عقد التأجير التمويلى من قبيل عقود البيع ، فهو من جانب بيع بالتقسيط ، وفيه يحتفظ البائع بالتقسيط بملكية المبيع على سبيل الضمان [٣] . ويراعى أنه طبقاً للقواعد العامة يرتبط إنتقال تبعة الهلاك بانتقال الملكية لا بتسليم الشىء محل التصرف [٤] . ويترتب على ذلك ان البائع الذى يحتفظ بملكية المبيع على سبيل الضمان يتحمل تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة [٥] .

وليس ثمة ما يمنع من الاتفاق على خلاف ذلك ، نظراً لعدم تعلق أحكام تبعة الهلاك بالنظام العام [٦] . الا أن ما نحرص على الإشارة إليه هو أن تحمل المستفيد لتبعة الهلاك للقوة القاهرة يقتضى اتفاقاً صريحاً على ذلك فى حالة تكييف عقد التأجير التمويلى على أنه بيع بالتقسيط . ولا يختلف الأمر اذن عن حالة اعتباره من

---

(١) أنظر فى ذلك MALAURIE: Vente (Généralités), Encyclopédie Dalloz Civil, VII, No 68.

(٢) المادة ١١٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى التى تتضمن القاعدة العامة فى تحمل تبعة هلاك الأشياء والمعروفة بقاعدة Res perit domino .

(٣) ذلك ان الأجرة الإجمالية ، أى الثمن فى فرض تكييف العقد بأنه بيع ، يتم الوفاء بها على أقساط متعددة كما تحتفظ شركة التأجير التمويلى ، أى البائع ، بملكية الأصل حتى تمام سداد المستفيد للأقساط المحددة

(٤) GUYON: note sous Cour d' appel de Metz, 29 octobre 1980, Dalloz 1981, Jurispruden ce 138.

(٥) MALAURIE: Vente, op. cit., No 45.

(٦) GHESTIN: Réflexions d' un civiliste sur la clause de réserve de propriété, Dalloz 1981, Chronique 1.

قبيل عقود الإيجار . وبعبارة أخرى لا يكفى أعتبار المستفيد مشترياً لكى يتحمل تبعة الهلاك للقوة القاهرة ، وحال شركة التأجير التمويلى احتفظت بملكية الأصل على سبيل الضمان .

ومن جانب آخر لا يفسر تحمل المستفيد لتبعة الهلاك بوصفه مشترياً ما يفرضه عليه التأجير التمويلى من اداءات إيجابية محددة ، وبصفة خاصة اعادة البناء أو اعادة الأصل إلى حالته الأولى . بل ان الزام المستفيد بذلك يتعارض ومنطق عقد البيع الذى يعد تصرفاً ناقلاً للملكية يترتب عليه انقطاع مصلحة البائع فى المبيع مادام يحصل على الثمن . وإذا كان المستفيد يتحمل تبعة الهلاك فلا تأثير للهلاك على استحقاق البائع للثمن .

٤٣٤ – وفى تقديرنا إذا قيل بالتزام المستفيد بضمان هلاك الأصل تجاه شركة التأجير التمويلى فلا يأتى ذلك استقلالاً عن أهمية ملكية الأصل بالنسبة إلى الشركة الممولة بوصفها الضمان الجوهرى لها ضد مخاطر اعسار المستفيد . ولئن كان الدور الخاص المنوط بالملكية لا يتعدى دور سائر التأمينات العينية يحق لنا التساؤل عن مدى التقريب الذى يتحقق بين مركز المستفيد من خلال أحكام عقد التأجير التمويلى ومركز كل من يتعهد بتقديم مال على سبيل الضمان وترتيب تأمين عينى عليه . وبعبارة أخرى يتعين تفسير مركز المستفيد على هدى من الأحكام الخاصة بالتأمينات العينية وليس أحكام العقود .

ولا يخفى مدى أهمية ذلك البحث لأن بفرض ثبوت التزام المستفيد بضمان هلاك الأصل المؤجر اسوة بالضمان الذى يشغل كاهل مقدم التأمين العينى يتأكد لنا بصفة قاطعة الدور الخاص المنوط بالملكية فى اطار التأجير التمويلى .

ويلاحظ أولاً أنه بفرض اعتبار عقد التأجير التمويلى مصدراً لتأمين عينى يتقرر لشركة التأجير التمويلى فإن الضمان المقرر يكون ضماناً غير حيازى حيث يستبقى المستفيد مقدم الضمان حيازة الأصل محل الضمان . ولا شك ان المثال التقليدى للضمانات أو التأمينات العينية غير الحيازية يبقى وهن العقارات رهناً رسمياً ، وهو اقدم

صور التأمينات العينية غير الحيازية فى القانون الفرنسى [1] . ولذلك سوف تتم محاولتنا لتفسير مركز المستفيد على هدى من أحكام الرهن الرسمى .

٤٣٥ - وطبقاً للمادة ٢١٣١ من التقنين المدنى الفرنسى يكون المدين الراهن بالخيار بين الوفاء بالدين فوراً أى قبل حلول الأجل أو تقديم رهن مكمل ، وذلك فى حالة هلاك المال المرهون أو تلفه على نحو لا يجعله كافياً لضمان حق الدائن المرتهن.

وطبقاً للمادة ٣٧ فقرة أولى من القانون الفرنسى الصادر بتاريخ ١٣ يوليو ١٩٣٠ فى شأن التأمين [2] تنتقل رهون الدائنين المرتهنين بمراتبها فى حالة هلاك العقار المرهون إلى مبلغ التعويض المستحق عن الهلاك والذى يلتزم المؤمن بدفعه [3] .

ويتضح من ذلك أنه فى حالة هلاك أو تلف العقار المرهون لسبب لايد للمدين الراهن فيه يكون بالخيار بين الوفاء بكامل الدين المضمون بالرهن على الفور [4] أو تقديم رهن مكمل بمعنى أن يقوم الراهن بتخصيص عقار آخر له على سبيل الرهن . ولا يجوز إعمال حكم المادة ٢١٣١ من التقنين المدنى الفرنسى إذا انتقل حق الدائن المرتهن على مبلغ التعويض ، وهو ما يفترض ان يكون مبلغ التعويض كافياً لتغطية حقوق الدائن المرتهن . وبذلك لا يتحقق أى جمع بين اقتضاء الدين فوراً أو الحصول على رهن مكمل واقتضاء الحق من مبلغ التعويض الذى يوفى به المؤمن (٥) . ومن

---

(١) RAYNAUD et PIEDELIEVRE: Hypothèque, Encyclopédie Dalloz Civil, IV, No 4.

(٢) Dalloz Périodique, 1931, 4, 1.

(٣) وجدير بالاشارة إلى أن القانون الفرنسى لا يحتوى على قاعدة عامة فى الحلول العينى ، ومع ذلك فإن نص المادة ٣٧ المشار إليها من العمومية بحيث يمكن تفسيره على نحو يسمح بإمتداد حكم الحلول العينى إلى كل تعويض يتقرر للمدين الراهن .

(٤) ولا يعد الحكم المتقدم تطبيقاً لحالات سقوط الأجل القانونية ، اذ لا تواجه المادة ١١٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى الاحالة اضعاف المدين للتأمينات بإرادة منه سواء عن عمد أو نتيجة إهماله وتقصيره . فى هذا المعنى : RAYNAUD et PIEDELIEVRE: Hypothèque Conventionnelle, Encyclopédie Dalloz Civil, IV, No 182.

(٥) RAYNAUD et PIEDELIEVRE: Hypothèque conventionnelle, op. cit., No 180.

نافلة القول ان انتقال حق الدائن المرتهن الى مبلغ التعويض يفترض أن المدين الراهن هو المستحق أصلاً لهذا المبلغ بوصفه منتفعاً ببوليصة التأمين .

اذن وعلى ضوء أحكام الرهن الرسمى يتحمل المدين الراهن تبعة هلاك المال المرهون للقوة القاهرة . وهو ما يتحقق فى عقد التأجير التمويلى وانما بالخروج على حكم المادة ١٧٢٢ من التقنين المدنى الفرنسى .

وبالنظر إلى خصوصيات التأجير التمويلى حيث لا تعد الشركة الممولة دائناً مرتهناً وإنما هى دائن مالك يتبين لنا مدى التقريب بين مركز المستفيد ومركز المدين الراهن :

ففى الفرض الذى لا يكون فيه مبلغ التعويض مستحقاً من شركة التأمين يكون المستفيد بالخيار بين دفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى أو اعادة الأصل المؤجر إلى الحالة التى كان عليها قبل الهلاك الكلى أو الجزئى . وبالتالى تترتب ذات الآثار التى تمليها المادة ٢١٣١ من التقنين المدنى الفرنسى . فالتعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى يقابل الوفاء بالدين على الفور ، حيث يتحدد بمقدار ما يكون متبقياً من أقساط الأجرة بالإضافة إلى القيمة المحاسبية المتبقية للأصل أى ثمن تملكه المحدد اتفاقاً . بينما تعد إعادة الأصل إلى حالته الأولى الصورة الوحيدة الممكنة لتكملة الرهن بالنظر إلى ملكية شركة التأجير التمويلى للأصل [١] . وفى كلا الفرضين أى سواء فى عقد الرهن الرسمى أو عقد التأجير التمويلى يكون الخيار للمدين أو المستفيد .

أما إذا كان مبلغ التعويض مستحقاً من شركة التأمين فإن شركة التأجير التمويلى تستأثر به . والواقع ان استئثار الشركة بالتعويض بموجب الاشتراط لمصلحة الغير الذى يتضمنه عقد التأمين هو الذى يسمح «بحلول» حق الشركة على التعويض «بمرتبة» الضمان المقرر لها : فهى باعتبارها مالكة للأصل تتمتع إذن بالضمان على نحو

(١) ولقد رأينا من قبل ان اعادة المنقول إلى حالته الأولى قد يقتضى تبديله فى حالة هلاكه هلاكاً كلياً واجراء الاصلاحات اللازمة له فى حالة هلاكه هلاكاً جزئياً . وفى المواد العقارية يلتزم المستفيد باعادة بناء العقار اذا ما هلك كلية وترميمه أو اعادة بنائه بصفة جزئية فى حالة هلاكه هلاكاً جزئياً

استئثارى ومطلق ، ويتقرر لها قبض مبلغ التعويض على نحو استئثارى ومطلق أيضاً وذلك بوصفها المنتفع ببوليصة التأمين . وبعبارة أخرى لا يزاحمها أحد فى ملكيتها للأصل ، كذلك لا يزاحمها أحد فى اقتضاءِ مبلغ التعويض من شركة التأمين .

٤٣٦ - ويلاحظ أنه وفقاً لمنطق تنظيم حقوق الدائن المرتهن فى حالة هلاك المال المرهون ، متى تقرر لشركة التأجير التمويلى الاستئثار بمبلغ التأمين لا يكون هناك مجال لتخيير المستفيد بين الوفاء بالتعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى أو عادة بناء العقار أو اعادة الأصل إلى حالته الأولى . ذلك أنه متى انتقل حق الدائن المرتهن إلى مبلغ التأمين لا يكون هناك مجال لإعمال حكم المادة ٢١٣١ من التقنين المدنى الفرنسى إذ لا مجال للقول بانتقاص الضمان وقد تقرر له استيفاء حقه من مبلغ التأمين [١] .

ومع ذلك يجب أخذ فى الاعتبار خصوصية التأجير التمويلى ، وما يترتب على استئثار شركة التأجير التمويلى بمبلغ التأمين من حرمان المستفيد من الحقوق التى تنشأ له عن العقد . وقد تملى عليه حاجته إلى الإنتفاع بالأصل وإعمال خياره بالتملك فى نهاية مدة العقد إلى طلب إعادة الأصل إلى حالته الأولى . ولا شك ان ذلك لا يكون الا بنية المضى فى تنفيذ العقد اذ تسترد شركة التأجير التمويلى ضمانها الفعال ضد مخاطر اعسار المستفيد مما لا يحول دون المضى فى تنفيذ العقد .

ومن هنا يتجلى مدى المرونة فى استعمال مبلغ التأمين فى اعادة الأصل إلى حالته الأولى . وعلى ضوء مصالح شركة التأجير التمويلى يكون المضى فى تنفيذ العقد بدلاً من انهاء علاقتها القانونية مع المستفيد أكثر جلاء فى مجال التأجير التمويلى العقارى عنه فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات : ففى كلا الفرضين لا يستقيم إنهاء العلاقة القانونية الا بالنص على انفساخ عقد التأجير التمويلى فى حالة هلاك الأصل . ويترتب على ذلك فى المواد العقارية استرداد الشركة الممولة للأرض فى

(١) RAYNAUD et PIEDELIEVRE: Hypothèque conventionnelle, op. cit., No 179 et 180.

الفروض التى تكون مملوكة أو مملوكة لها للشركة المدنية العقارية [1] ، وقد تتعرض لمخاطر اضطرارها إلى التصرف فيها وبصفة خاصة إذا أخذنا فى الإعتبار أن بوليصة التأمين لا تغطى سوى قيمة المبانى المعرضة للهلاك دون قيمة الأرض [2]. وبعبارة أخرى لا يسمح مبلغ التأمين بإهلاك رأسمال الشركة المستثمر فى سبيل انجاز التأجير التمويلى ، ولا يتحقق إهلاك كامل رأس المال فى نظر الشركة الا بالتصرف فى الأرض .

وهذا ما يفسر لنا إختلاف وجه تخصيص مبلغ التأمين فى حالة هلاك المنقول هلاكاً كلياً وحالة هلاك العقار كلية . فبينما تكتفى الشركة بقبض مبلغ التأمين مع التمسك بانفساخ عقد التأجير التمويلى للمنقولات تفرض على المستفيد إعادة بناء العقار وتخصيص مبلغ التأمين لتغطية تكلفة البناء والمضى بالتالى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى العقارى .

كذلك فى حالة الهلاك الجزئى لا يجدى شركة التأجير التمويلى استرداد المنقول أو العقار بما لحقه من هلاك جزئى ومدى تأثير ذلك على إمكانية التصرف فيه . وحيث ان المؤمن يغطى الأضرار الناشئة عن الهلاك بنسبة هذا الهلاك تخشى شركة التأجير التمويلى عدم إهلاك كامل رأسمالها المستثمر فى انجاز التأجير التمويلى. لذلك فهى تلزم المستفيد بإعادة الأصل ، منقولاً كان أو عقار ، إلى حالته الأولى مستخدما فى ذلك مبلغ التأمين فى تغطية تكلفة الإصلاح مع المضى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى .

وفى كل الأحوال يتحمل المستفيد مخاطر إعادة بناء العقار أو إعادة الأصل إلى حالته الأولى بمعنى أنه يتحمل وحده الفرق بين تكلفة الإعادة ومبلغ التأمين . وهذا ما يؤكد أن المستفيد يلتزم فى مواجهة شركة التأجير التمويلى بضمان هلاك الأصل المؤجر .

٤٣٧ - خلاصة القول اذن ان المستفيد لا يتحمل فقط تبعة هلاك الأصل

---

(١) ناهيك عن المشكلات التى تثور بسبب انقضاء الشركة المدنية العقارية لهلاك جميع مالها ووجوب تصفيتها . ولقد عرضنا من قبل بايجاز لتلك المشكلات .

(٢) PACE: Economie.... op. cit., p. 73.

للقوة القاهرة وإنما يضمن لشركة التأجير التمويلى هذا الهلاك . ومع ذلك لا يظهر الالتزام بالضمان بصورة صريحة فى عقد التأجير التمويلى حيث يتنافى اعتبار العقد من قبيل عقود الإيجار مع الزام المستأجر بضمان هلاك العين المؤجرة بسبب القوة القاهرة . الا أنه كان للإرادات الخاصة دورها فى ترتيب ذات الآثار التى كانت لتترتب إذا ما فرض العقد التزاماً على عاتق المستفيد بضمان هلاك الأصل المؤجر . فالقاعدة العامة فى عقد الإيجار ان يتحمل المؤجر تبعة هلاك العين المؤجرة بسبب القوة القاهرة . وأول أثر للإرادات الخاصة يتمثل فى استبعاد حكم المادة ١٧٢٢ من التقنين المدنى الفرنسى والنص على أن المستفيد يتحمل تبعة الهلاك . ثم فى أعقاب ذلك يفرض العقد على المستفيد التزاماً بالتأمين على الأصل شريطة الا يقل مبلغ التأمين عن ثمن تملك الأصل الذى أوفت به شركة التأجير التمويلى . وعلى ضوء تنظيم العقد لحالات عدم استحقاق مبلغ التأمين وحالات استحقاقه وتحديد أوجه تخصيصه تتحقق الآثار التى كانت لتترتب إذا كان المستفيد ملتزماً بنص صريح فى العقد بضمان تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة .

٤٣٨ - ويتضح لنا مما تقدم مدى اتساع نطاق التزامات المستفيد الناشئة عن عقد التأجير التمويلى والمسئوليات التى يتعرض لها . فهو من جانب مسئول عن جميع الأعمال اللازمة لوضع التأجير التمويلى موضع التنفيذ ، ويلتزم بالوفاء باقساط الأجرة وهى تشكل عبئاً مالياً ثقيلاً على عاتقه كما بينا . وبالرغم من ان شركة التأجير التمويلى تكتسب وتحتفظ بملكية الأصل على سبيل الضمان الا أن العقد يعفيها من كل التزام يتعلق بحسن استعمال المستفيد له . بل يفرض العقد قيوداً عدة على استعمال المستفيد للأصل بحيث لا ينتقص من صلاحية المال على أداء دوره كضمان. ولا تكتفى شركة التأجير التمويلى بهذا القدر الذى يتحمله المستفيد ولكنه يسأل فى مواجهتها عن جميع الأضرار التى تلحق الغير بسبب استعمال الأصل وان كان الضرر يرجع إلى عيب لم يكشفه المستفيد ، وهو فوق ذلك يلتزم بضمان هلاك الأصل حتى فى حالة القوة القاهرة . ولا يقتصر الأمر على ضمان صلاحية المال لأداء دوره كضمان وإنما يمتد نطاق التزامات المستفيد إلى ضمان فعالية حق ملكية

الشركة الممولة فى مواجهة الغير ، ويفرض العقد على عاتقه مجموعة من الواجبات فى هذا الصدد ، سواء كان التهديد بالملكية بفعل المستفيد كما فى حالة توقيع دائنيه حجز على الأصل أو فى تصرفه فى محله التجارى ، أو كان التهديد يرجع إلى فعل شركة التأجير التمويلى بسبب الرهن الذى تكون رتبته على الأصل المؤجر

ولئن كان ما تقدم كافياً للدلالة على ما يعترى عقد التأجير التمويلى من عدم توازن بين أداءات الطرفين فإن الأمر يتأكد بتحليل الأحكام الاتفاقية المتعلقة بفسخ العقد ، حيث يتبلور خطر اعسار المستفيد وتثور الحاجة إلى إعمال الضمان المقرر للشركة الممولة . وجدير بالاشارة قبل التطرق إلى موضوع الفسخ ان الإرادات الخاصة فى تحديدها لكافة الأحكام الاتفاقية لعقد التأجير التمويلى لم تجد لها ردعاً فى النظام القانونى الفرنسى مع اطلاق مبدأ سلطان الإرادة وعزوف المشرع الفرنسى عن تنظيم المضمون الاتفاقى للعقد (١)

المبحث الثالث

فسخ عقد التأجير التمويلى

٤٣٩ - يعرض عقد التأجير التمويلى فى القانون الفرنسى بوصفه عقد ايجار وايأ كان شأن الخلاف حول الطبيعة القانونية لهذا العقد فإنه لا غبار على تصنيفه ضمن العقود الملزمة للجانبين . فقد رأينا ان العقد يلقى على عاتق طرفيه مجموعة التزامات ، ينحصر نطاقها فى حدود ضيقة فيما يتعلق بأداءات شركة التأجير التمويلى بينما يمتد نطاق اداءات المستفيد على نحو ما سبق لنا عرضه

وباعتباره عقداً ملزماً للطرفين يستطيع أى منهما طلب فسخ عقد التأجير التمويلى بسبب إخلال المتعاقد معه بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد وليس ثمة ما

---

(١) انظر فى ذلك خاتمة رسالتنا للدكتوراه فى عدم توازن الأداءات فى اتفاق التأجير التمويلى ، سابق الاشارة إليها ، ص ٨٨٩

يمنع من ادراج العقد شرط فاسخ صريح يتم إعماله إذا ما توافرت إحدى الحالات المتفق عليها والموجبة لفسخ العقد . ويجرى العمل فى فرنسا على مواجهة حالات إخلال المستفيد وحده بالتزاماته العقدية بشرط فاسخ صريح . لكن الشرط المتقدم لا يقتصر إعماله على حالات الإخلال بالإلتزامات العقدية وإنما يمتد إلى كل حالة تخشى فيها شركة التأجير التمويلى عدم استيفائها الحقوق المالية المقررة لها .

ومن الملاحظ ان عقود التأجير التمويلى للمنقولات كثيراً ما تمنح المستفيد حق المطالبة بفسخ العقد وذلك بمحض إرادته المنفردة . الا أن الإتفاق يحدد شروط إعمال هذا الحق والتزامات المستفيد المترتبة على إعماله . أما فى المواد العقارية فقد فرضت المادة الأولى - ثانياً فقرة ثانية من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ ، المضافة بموجب لائحة ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ ، وجوب تخويل المستفيد حق طلب فسخ عقد التأجير التمويلى على ان يتولى الاتفاق تحديد شروط إعمال هذا الحق . ويتضح من ذلك ان تقرير الحق المتقدم أمر جوازى فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات فى حين يعد وجوبياً فى مجال التأجير التمويلى العقارى .

ويجدر بنا فى سبيل عرض تلك الاشكاليات العديدة التى يثيرها فسخ عقد التأجير التمويلى ان نميز بين فسخ العقد بناء على طلب المستفيد ، وهو ما لا يتقرر له الا باحد سبيلين : اما تطبيقاً للقواعد العامة واما إعمالاً لشرط التقايل المدرج بالعقد ، وبين فسخ عقد التأجير التمويلى بناء على طلب الشركة الممولة ، وهو ما يتحقق إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح المدرج بالعقد . وجدير بالاشارة قبل البدء فى تناول هذه المسائل ان إعمال الشرط الفاسخ الصريح قد يفضى إلى إعمال الشرط الجزائى الذى تجمع عقود التأجير التمويلى على احتوائها . ولقد أثار إعمال ذلك الشرط العديد من المنازعات أمام القضاء الفرنسى فرضت على المشرع التدخل بالتعديل فى أحكام الشرط الجزائى فى القواعد العامة .

المطلب الأول

فسخ عقد التأجير التمويلي بناءً على طلب المستفيد

٤٤٠ - يحق للمستفيد طلب فسخ عقد التأجير التمويلي بسبب إخلال الشركة الممولة بتنفيذ التزاماتها العقدية . وقد يطالب المستفيد بالفسخ إعمالاً لشرط التقايل المدرج فى العقد لمصلحته .

وجدير بالاشارة إلى ان طلب المستفيد بالفسخ فى الحالة الأولى يكون بالالتجاء إلى القضاء تطبيقاً للقواعد العامة ، وذلك لغياب الشرط الفاسخ الصريح الواجب إعماله فى حالة اخلال الشركة بالتزاماتها العقدية . اما الفسخ إعملاً لشرط التقايل فهو لا يحتاج إلى مطالبة قضائية اذ يتقرر الفسخ اتفاقاً بناء على ارادة المستفيد المنفردة .

الفرع الأول

فسخ عقد التأجير التمويلي قضائياً

٤٤١ - يستطيع المستفيد طلب فسخ عقد التأجير التمويلي استناداً إلى المادة ١١٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى التى تجيز فسخ العقود الملزمة للجانبين بسبب اخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية . وتجيز الفقرة الثانيةمن المادة ذاتها لطالب الفسخ حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به بسبب عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية أو بسبب فسخ العقد .

ومن جانب آخر تجيز الفقرة الثالثة من المادة ١١٨٤ المشار إليها للقاضى منح المتعاقد مهلة لتنفيذ التزاماته . ويعنى ذلك إمكانية عدم الإجابة لطلب الفسخ بالرغم من ثبوت اخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية [١] .

(١) Cassation Civile, 8 janvier 1929, Gazette du Palais, 1929, 1, 497.

ولقد استقرت محكمة النقض الفرنسية منذ أمد بعيد على أنه لا يشترط بالضرورة لطلب الفسخ استناداً إلى المادة ١١٨٤ أن يكون عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى خطأ المدين وانما يكفى عدم تنفيذ الالتزام اياً كان السبب ولو كان من قبيل القوة القاهرة (١) . ويرجع ذلك إلى جهل القواعد العامة فى القانون الفرنسى لنظرية مخاطر العقد التى تقضى بانقضاء الالتزام المقابل للالتزام الذى يستحيل تنفيذه وانفساخ العقد من تلقاء نفسه . فلم يكن هناك بد لإضفاء الحماية على المتعاقدين سوى مد نطاق الفسخ القضائى إلى سائر تطبيقات نظرية مخاطر العقد .

٤٤٢ - ولقد رأينا من قبل كيف رفض القضاء الفرنسى اجابة طلب المستفيد بفسخ عقد التأجير التمويلى على إثر استرداد البائع للمنقول المؤجر عند فسخ عقد البيع . فمن جانب لا يعد الهلاك القانونى موجباً لإعمال حكم المادة ١٧٢٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهو من التطبيقات النادرة لنظرية مخاطر العقد فى التشريع الفرنسى . فطبقاً لأحكام القضاء الفرنسى يقصد بهلاك العين المؤجرة فى حكم هذه المادة الهلاك الفعلى لا الهلاك القانونى . ويضاف إلى ذلك ان المستفيد يتحمل تبعة هلاك الأصل فى جميع الأحوال على ما سبق لنا عرضه ، ولا يستقيم الإقرار بحق المستفيد فى طلب فسخ العقد مع وجود الشرط الصريح على تحمل المستفيد تبعة الهلاك (٢) . وكذلك استند القضاء الفرنسى فى سبيل انكار حق المستفيد فى طلب فسخ عقد التأجير التمويلى تأسيساً على المادة ١١٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى إلى اعفاء الشركة الممولة من ضمان العيوب الخفية ونزول المستفيد عن الرجوع عليها بسبب ما يعترى الأصل المؤجر من عيوب (٣) .

---

(١) Cassation civile, 14 avril 1891, Dalloz Périodique 1891, IV, 1, 332, p. 189, note PLANIOL.

(٢) Cassation commerciale, 15 janvier 1985, Dalloz 1986, Sommaires 323.

(٣) راجع فى ذلك : Tribunal de commerce de Paris, 4° chambre, 19 mai 1970, JCP 1971 II 6766, note LELOUP. Cour d' appel d' Amiens, 6 mai 1979, JCP 1980 II 19406, note BEY.

٤٤٣ - ومن جهة أخرى رأينا كيف تنحصر أداءات شركة التأجير التمويلى فى حدود ضيقة ، لا تترك مجالا واسعاً لإثارة مسئوليتها بالرغم من المشكلات العديدة التى قد تعترض استعمال المستفيد للأصل . فالشركة لا تلتزم بالصيانة وبضمان العيوب الخفية ، ولا تضمن سوى التعرض الصادر عنها أو عن الغير شريطة ارتكازه على فعل صادر عنها . وتظل العلاقات الناشئة عن عمليات التسليم والتسلم بين البائع أو المقاول والمستفيد ، بل يمكن فى مثل هذه الأحوال اثارة مسئولية المستفيد بصفه وكيلاً عن الشركة الممولة فى التسلم أو بوصفه مقاولاً فى حالة بناء العقار [١] .

والواقع أن شركة التأجير التمويلى لا تكون مسئولة الا عن امتناعها عن ابرام عقد البيع أو تنفيذه ، وذلك بالرغم من ان عقد التأجير التمويلى لا يرتب على عاتقها التزاماً صريحاً بابرام عقد البيع وتنفيذه . ومع ذلك يفرض عليها العقد التزاماً بتسليم الأصل المؤجر إلى المستفيد . ولا يحول التنظيم الاتفاقى للكيفية التى يتحقق بها التسليم من الوجهة المادية والمسئولية الناشئة عنها دون ثبوت ذلك الالتزام فى ذمة شركة التأجير التمويلى . ويترتب على عدم قيام الشركة بابرام عقد البيع عدم قيام البائع بتسليم الأصل إلى المستفيد ، وقد يمتنع البائع عن التسليم رغم ابرام العقد لسبب يرجع إلى الشركة الممولة . وفى مثل هذه الأحوال تكون الشركة مسئولة عن اخلالها بتنفيذ التزامها بتسليم الأصل المؤجر إلى المستفيد .

ولكن ما من شك فى أن للتنظيم الاتفاقى للكيفية التى يتحقق بها التسليم من الوجهة المادية أثره على مسئولية شركة التأجير التمويلى . ذلك أن من شأنه حصر جل المشكلات التى تثور عن التسليم فى العلاقة بين البائع والمستفيد ، وتبقى شركة التأجير التمويلى من حيث الواقع غير مسئولة عنها . فتطبيقاً للقواعد العامة لا يلتزم المدين بالتعويض إذا لم يكن عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى خطأ منه ، وان ادى إلى فسخ العقد [٢] . ومؤدى ذلك أنه فى حالة مسئولية البائع عن الإخلال بتنفيذ التزامه

---

(١) BEY et GAVAL DA: Le crédit - bail mobilier..., op. cit., p. 13.

(٢) المادة ١١٤٧ من التقنين المدنى الفرنسى .
=

بالتسليم لا يقع على عاتق شركة التأجير التمويلي التزام بتعويض المستفيد عن الأضرار التي تلحق به وإن ترتب على ذلك فسخ عقد التأجير التمويلي [1] . كذلك تستبعد مسئولية المدين بالقدر الذي يستغرق فيه خطأ الدائن خطأه [2] ، ولا شك ان في إثاره مسئولية المستفيد لخطئه في تنفيذ الوكالة الأصلية أو التبعية بحسب الأحوال ما يبقى شركة التأجير التمويلي بمنأى عن رجوع المستفيد عليها بالتعويض [3] .

٤٤٤ - ونشير اخيراً إلى إمكانية إثارة مسئولية شركة التأجير التمويلي عن اخلالها بالتزامها بنقل ملكية الأصل إلى المستفيد في الفروض التي يتحقق فيها نقل الملكية تنفيذاً لوعد منفرد بالبيع . ويصعب من الوجهة الفعلية امتناع الشركة عن تنفيذ ذلك الالتزام إذا أخذنا في الإعتبار الدور الخاص والموقوت لملكية الأصل بالنسبة إلى الشركة الممولة . فما دامت الملكية اتت دورها كضمان ضد مخاطر اعسار المستفيد لا يفيدها استبقاؤها ملكية الأصل والفرض ان عقد التأجير التمويلي بلغ منتهاه وقام المستفيد بتنفيذ التزاماته على أكمل وجه .

وحتى إذا فرضنا جدلاً امتناع الشركة الممولة عن نقل ملكية الأصل إلى المستفيد يرجح معه لجوء المستفيد إلى طلب تنفيذ الوعد بالبيع تنفيذاً عينياً دون المطالبة بفسخ عقد التأجير التمويلي . ذلك أنه في نهاية مدة العقد يكون قاب قوسين من تملك الأصل ، بعد أن تكبد اعباء مالية ضخمة مقابل انتفاعه بالأصل طوال مدة العقد وتملكه في نهاية هذه المدة [4] .

---

(١) BEY: De la publicité..., op. cit., No 26.

(٢) المادة ١١٤٨ من التقنين المدني الفرنسي .

(٣) Cour d' appel de Versailles, 12° chambre, 10 novembre 1988, Gazette du Palais, No 141 à 143, mai 1989 p. 12, note BEY.

(٤) OUERDRAOGO, op. cit., p. 327.

الفــرع الثانى

فسخ عقـد التأجير التمويلى اتفاقاً

٤٤٥ - ذكرنا في مقدمة الحديث عن فسخ عقد التأجير التمويلى ان ادراج شرط التقايل بارادة المستفيد أمر جوازى فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات ، على خلاف الحال فى مجال التأجير التمويلى العقارى حيث جعل المشرع الفرنسى الأمر وجوبيـاً .

ولذا نعرض أولاً لشرط التقايل فى عقد التأجير التمويلى للمنقولات ، ثم نعرض بعد ذلك للشرط فى عقد التأجير التمويلى العقارى .

أولاً : شرط التقايل فى عقد التأجير التمويلى للمنقولات :

٤٤٦ - لا يفرض القانون التزاماً على عاتق شركة التأجير التمويلى بتخويل المستفيد حق اعتبار عقد التأجير التمويلى مفسوخاً بمحض ارادته المنفردة . ومع ذلك كثيراً ما تتضمن عقود التأجير التمويلى للمنقولات مثل هذا الشرط [١] .

ويلاحظ ان العقد يحدد بعض الشروط لإعمال الحق المتقدم من شأنها حمل المستفيد على العزوف عن إعماله فى أغلب الأحوال : فمن جانب أول يقضى العقد بعدم جواز إعمال هذا الحق قبل مضى مدة محددة على تنفيذ العقد ، عادة ما لا تقل عن سنتين فى مجال تأجير المعدات الإنتاجية [٢] بينمـا تزيد هذه المدة على ذلك عند ورودالعقد على أموال خاصـة . والمثال على ذلك الطائرات التى قد تمتد مدة العقد فى شأنها إلى عشر سنوات ، فلا يتقرر للمستفيد إعمال شرط التقايل قبل مضى سبع سنوات [٣] .

---

(١) CAPORALE, op. cit., p. 214. GAUDRION, op. Cit., p. 47. BALME, op. cit., No 125.

(٢) PACE: Pratique..., op. cit., p. C 12.

(٣) MICHAUX: Le "leasing", mode de financement dans l' aviation civile, op. cit., p. 265.

ومن جانب آخر يفرض العقد على المستفيد اخطار شركة التأجير التمويلي بنيته في إعمال شرط التقايل خلال المواعيد المنصوص عليها في العقد . ولا ينتج شرط التقايل اثره مالم تراع تلك المواعيد .

كذلك قد يقيد العقد من نطاق إعمال شرط التقايل باشتراط وجوب تقديم المستفيد للشركة الممولة مشتر للأصل أو مستأجر له . ولا يحق للمستفيد طلب اعتبار عقد التأجير التمويلي مفسوخا ما لم يقدم المشترى أو المستأجر الجديد [1] .

ويتضح مما تقدم ان المستفيد لا يستطيع إعمال شرط التقايل الا بعد ان تضمن شركة التأجير التمويلي إهلاك جانب هام من رأسمالها الموظف في التمويل . كذلك لا تجيز الشركة عدول المستفيد عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ما لم تكن على ثقة من قدرتها على التصرف في الأصل بالبيع أو الايجار . ويتحقق لها ذلك من خلال الزام المستفيد بتقديم مشتر للأصل أو مستأجر له ، مع تعليق إعمال شرط التقايل على تنفيذ المستفيد للالتزام المتقدم .

٤٤٥ - ولا تتوقف التزامات المستفيد عند هذه الحدود . ففي الفرض الذى يتعين على المستفيد تقديم مشتر للأصل ينص عقد التأجير التمويلي على ان الشركة الممولة تحتفظ بحقها في تحديد ثمن الشراء على ضوء ظروف السوق . ويفرض ذلك على المستفيد مراعاة الثمن الذى تحدده الشركة عند تفاوضه مع المشترى على الشـــراء .

وطبقاً لنصوص العقد يغطى الثمن جميع النفقات الناشئة عن ابرام عقد البيع وتنفيذه ، فضلاً عن تغطيته لتعويض مقرر للشركة الممولة بموجب عقد التأجير

---

(١) وجدير بالاشارة إلى أن تقديم مستأجر جديد يختلف عن قيام المستفيد بالتنازل عن الايجار ، ذلك ان شركة التأجير التمويلي تبرم عقد ايجار جديد ومتميز عن عقد التأجير التمويلي الذى تم فسخه . ويقتصر دور المستفيد على تقديم المستأجر الجديد إلى الشركة ولا يمتد إلى ضمان وفائه بالتزاماته العقدية . ونشير أيضاً إلى عدم خضوع الايجار الجديد وان تضمن وعداً بالبيع لأحكام قانون ١٩٦٦ إذ لم تقم الشركة بشراء المنقول لأجل هذا الايجار الجديد .

التمويلى الذى يتولى تقديره . ولا تختلف عقود التأجير التمويلى فى كيفية تحديد هذا التعويض وان كانت تختلف فيما بينها فى النسب المستخدمة فى تقديره : ويتمثل التعويض فى ثمن تملك الشركة الممولة للمنقول مطروحاً منه نسبة من إجمالى أقساط الأجرة التى قبضتها الشركة بالفعل قبل إعمال المستفيد شرط التقايل . وتتراوح هذه النسبة بين ٥٠٪ من إجمالى الأقساط و٦٠٪ و٧٠٪ منها [(١)] .

ويقضى العقد بتحمل المستفيد تبعة عدم تغطية ثمن الشراء الجديد لمختلف هذه المبالغ، أى مصروفات الشراء والتعويض ، وذلك بالرغم من انفراد الشركة الممولة بتحديد هذا الثمن . وإذ تتولى الشركة تحديد الثمن على ضوء أحوال السوق وظروفه فإن المستفيد يضمن فى واقع الأمر للشركة مخاطر السوق عند بيع المنقول . ويترتب على ذلك التزام المستفيد بدفع كل ما لا يغطيه ثمن الشراء من مصروفات الشراء والتعويض . ولا يشير عقد التأجير التمويلى مطلقاً إلى الفرض العكسى ، أى الفرض الذى يتجاوز فيه الثمن المبالغ المشار إليها . وبالتالى تستأثر به الشركة الممولة بوصفها البائع الذى قام بنقل الملكية إلى المشترى . فبينما يتحمل المستفيد تبعة مخاطر السوق لا يشارك مطلقاً فى ثمار بيع المنقول إذا كانت ظروف السوق تسمح بالحصول على ثمن معقـول .

وجدير بالاشارة فى هذا الصدد ان بعض عقود التأجير التمويلى النادرة تجيز للمستفيد المشاركة بنصيب فى ثمار اعادة بيع المنقول بشرط تعهده بابرام عقد تأجير

(١) ونسوق فى سبيل توضيح ذلك المثال التجريدى الآتى : لنفرض ان ثمن شراء المنقول الذى دفعته شركة التأجير التمويلى فى أول العملية ١٠,٠٠٠ فرنك وان إجمالى أقساط الأجرة ١٦,٠٠٠ ، تم الوفاء بثلاثة ارباع هذه القيمة عند إعمال المستفيد شرط التقايل . أى أن ما تم قبضه من اقساط الأجرة يعادل ١٢,٠٠٠ . فإذا كانت النسبة المقررة من هذه الأجرة عند حساب التعويض ٦٠٪ صار التعويض مساوياً ٢,٨٠٠ فرنك ، أى ١٠,٠٠٠ (ثمن التملك) - $\frac{١٢٠٠٠ \times ٦٠}{١٠٠}$ (نسبة الأقساط المدفوعة أى ٧,٢٠٠ فرنك) . ويتضح من المثال المتقدم ان اضافة التعويض إلى ما قبضته شركة التأجير التمويلى من أقساط يجاوز ثمن التملك الذى دفعته ويقترب من إجمالى أقساط الأجرة التى كان ليلتزم المستفيد بدفعها بفرض بلوغ العقد مدته الأصلية .

تمويلى جديد مع الشركة يكون وارداً على منقول آخر .

وطبقاً لما يقضى به عقد التأجير التمويلى لا ينتج فسخ العقد آثاره الا فى التاريخ الذى تتلقى فيه الشركة الممولة مختلف المبالغ المذكورة . ويترتب على ذلك ان يظل المستفيد ملتزماً بدفع أقساط الأجرة إلى هذا التاريخ .

٤٤٦ - وفى حالة تعهد المستفيد بتقديم مستأجر جديد للمنقول يتعين عليه الحصول على موافقة شركة التأجير التمويلى على شخص المستأجر الجديد . ويقضى العقد بأنه لا يعد مفسوخاً الا اعتباراً من تاريخ ابرام عقد الايجار . ويترتب على ذلك ان الالتزام بدفع أقساط التأجير التمويلى تبقى على عاتق المستفيد حتى هذا التاريخ .

وبالاضافة إلى ذلك يتحمل المستفيد وحده جميع النفقات التى يتطلبها نقل المنقول إلى موقع تشغيله الجديد أو إصلاحه تمهيداً لتسليمه إلى المستأجر ، وذلك ما لم يتم الإتفاق مع هذا الأخير على تحمله تلك النفقات . وأياً كان الأمر ففى كل الأحوال لا تتحملها شركة التأجير التمويلى ، ويبقى عبؤها متأرجحاً بين المستفيد والمستأجر الجديد .

وفى بعض الأحيان يفرض عقد التأجير التمويلى على المستفيد اداء مبلغ نقدى يتم تقديره جزافياً فى يالعقد يخصص لتغطية جميع المصروفات التى تتكبدها شركة التأجر التمويلى بمناسبة ابرام عقد الايجار الجديد .

٤٤٧ - وعلى ذلك يسمح تعهد المستفيد بتقديم مشتر للمنقول أو مستأجر له بالمضى فى تمام إهلاك رأسمال شركة التأجير التمويلى دون ان يضطر المستفيد إلى المضى فى دفع أقساط الأجرة حتى نهاية مدة العقد غير القابلة للإلغاء بحسب الأصل. الا ان العثور على هذا المشترى أو المستأجر ليس بالأمر اليسير [١] ، ولذلك لا تفرض بعض عقود التأجير التمويلى على المستفيد عبء تقديم مشتر او مستأجر

---

(١) فى هذا المعنى : VASSEUR: Observations sous Cassation commerciale octobre 1979, Dalloz 1980, I. R. 382.

بالرغم من تخويله حق طلب فسخ العقد بارادته المنفردة اعمالاً لشرط التقايل .

ولكن فى هذه الحالة يتعهد المستفيد بدفع تعويض لشركة التأجير التمويلى . وفى أغلب الفروض يتحدد هذا التعويض فى العقد بمجموع أقساط الأجرة المتبقية أى تلك التى كان على المستفيد اداؤها بفرض المضى فى تنفيذ العقد (١) . وفى بعض الفروض النادرة يكون الإتفاق على وفاء المستفيد بالتعويض المنصوص عليه فى الشرط الجزائى الذى يتضمنه العقد والذى يواجه أصلاً حالات اخلال المستفيد بتنفيذ التزاماته العقدية (٢) . ولسوف نرى فيما بعد ان التعويض المتقدم يتحدد بنسبة كبيرة من اقساط الأجرة المتبقية .

ويتضح من ذلك ما لإعمال شرط التقايل من آثار سلبية على المستفيد فى حالة عدم تقديم مشتر للمنقول أو مستأجر له . فيقع على عاتقه الوفاء باقساط الاجرة المتبقية أو نسبة كبيرة منها فى سبيل عدم المضى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى . وبعبارة اخرى تسترد شركة التأجير التمويلى المنقول بينما يلتزم المستفيد على سبيل التعويض بدفع المبالغ التى كانت تشغل عاتقه على سبيل اقساط الأجرة (٣) . ومن جهة اخرى يتبين ان الفرق بين إعمال شرط التقايل وتملك المستفيد للأصل قبل نهاية مدة العقد يكمن فى الوفاء بالقيمة المحاسبية المتبقية للمنقول ، اذ لا يوفى بها

---

(١) PACE: Pratique..., op. cit., p. C 12. CALAIS-AULOY, op. cit., No 107. FOURNIER, op. cit., No 41.CABRILLAC, op. cit, No 86.

(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. Cit., p. 21.

ويذهب الاستاذان إلى انتقاد هذا الأسلوب فى تحديد التعويض الذى يلتزم المستفيد بدفعه لأنه لا يميز بين الفسخ الودى أى إعمالاً لشرط التقايل والفسخ بسبب اخلال المستفيد بتنفيذ التزاماته. ولكن إذا كان المقصود من الشرط الجزائى ضمان تمام إهلاك رأسمال الشركة الممولة فلا عجب من اتحاد الاسلوب الذى يتحدد به التعويض فى الفرضين المشار إليهما .

(٣) وهو ما يعد فى واقع الأمر جمعاً بين الفسخ والتنفيذ العينى ، لكن من الوجة القانونية لا يستوى الوفاء بمبلغ نقدى على سبيل الأجرة بدفعه على سبيل التعويض . فلكل منه سببه المتميز .

المستفيد فى الحالة الأولى خلافا لحالة تملكه للمنقول قبل انتهاء العقد .

ونذكر بان القيمة المحاسبية للمنقول فى نهاية مدة العقد ضئيلة لا تتجاوز نسبة بسيطة من ثمن تملك المنقول [١] ، وذلك على اعتبار ان المستفيد يوفى بالجانب الاعظم من ثمن المنقول من خلال اقساط الأجرة .

وبالرغم من الفروق الجوهرية بين الآثار المترتبة على إعمال شرط التقايل وإعمال شرط التملك قبل نهاية مدة العقد ، حيث تسترد الشركة المنقول فى الحالة الأولى بينما تنتقل ملكيته إلى المستفيد فى الحالة الثانية ، الا ان انعكاس ذلك على الجوانب المالية يكاد يكون معدوماً نظراً لضآلة القيمة المحاسبية المتبقية للمنقول .

ويرجع ذلك كله إلى حرص شركة التأجير التمويلى على ضمان اهلاك كامل رأسمالها المستثمر فى التمويل ، وذلك سواء كانت تسمح للمستفيد بتملك المنقول قبل انتهاء مدة العقد أو بفسخه . كذلك يدور الزام المستفيد بتقديم مشتر او مستأجر او الزامه بدفع التعويض المشار إليه حول المحور ذاته . وجدير بالاشارة إلى ان عقود التأجير التمويلى لا تجمع بين شرط التملك قبل انتهاء العقد وشرط التقايل : فالبعض منها لا يتضمن أى منهما ، والبعض الآخر يتضمن شرط التملك دون شرط التقايل ، بينما تتضمن بعض العقود الأخرى شرط التقايل دون شرط التملك قبل انتهاء العقد . وفى هذه الحالة الأخيرة اما ان يفرض العقد على المستفيد تقديم مشتر او تقديم مستأجر جديد واما ان يفرض عليه دفع التعويض عن الفسخ . فلا خيار للمستفيد ايضاً فى هذا الصدد . ونظراً لحدة الآثار المالية المترتبة على إعمال شرط التقايل مع الالتزام بدفع التعويض لا يعمل المستفيد هذا الشرط الا فى الفرض الآخر أى إذا قدم مشترياً أو مستأجراً جديداً للمنقول .

---

(١) DERRUPPE: Droit commercial, op. cit., p. 275. PACE: Pratique..., op. cit., p. B9. CALAIS-AULOY, op. cit., No 111. GAUDRION, op. cit., p. 32. BAKOUKA, op. cit., p. 119.

ثانياً : شرط التقايل فى عقد التأجير التمويلى العقارى :

٤٤٨ - ترد عقود التأجير التمويلى العقارى على عقارات مخصصة لأغراض امتهانية . واذ يعرف المشرع الفرنسى التأجير التمويلى بأنه إيجار أثير جدل عنيف حول خضوع عقد التأجير التمويلى العقارى لأحكام اللائحة رقم ٥٣ - ٩٦٠ بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ الخاصة بالملكية التجارية [١] ، والتى تنظم عقود إيجار الأماكن المخصصة لمزاولة الأنشطة التجارية فيها [٢] .

وايا كان شأن هذا الخلاف اتت لائحة ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ بمادة جديدة اضيفت إلى قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ ، هى المادة الأولى - ثانياً ، وبمقتضاها لا تسرى أحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الثالثة - أولاً من لائحة ١٩٥٣ على عقود التأجير التمويلى العقارى . وطبقاً للفقرتين المشار إليهما يحق للمستأجر طلب فسخ عقد إيجار العقار بإرادته المنفردة كل ثلاث سنوات . ويترتب اذن على حكم لائحة

---

(١) Journal Officiel, 1 octobre 1953, p. 8618. Dalloz 1953, Lois annotées 1397.

(٢) فقد اتجه البعض إلى وجوب تطبيق أحكام لائحة ١٩٥٣ عدا ما استبعده المشرع بنص صريح :

BALME, op. cit., No 81. SAUCEDO-POLO, op. cit., p. 29 : VIATTE: Le crédit-bail, op. cit., p. 635. LEFEBVRE, op. cit., No 4.DE CAGNY, op. cit., septembre 1970, p. 760. BAUGAS, op. cit., p. 68.

بينما اتجه البعض الآخر إلى عدم خضوع عقد التأجير التمويلى العقارى لأحكام لائحة ١٩٥٣ استناداً إلى طبيعته التمويلية الخاصة والمخاطر الناشئة عن تطبيق أحكام اللائحة :

ARMAND-PRESVOST: Note sous Cour d' appel de Paris, 16° chambre A, 25 avril 1979, JCP 1980 II 19327. BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit,op. cit., Fasc. 651, No 55. GUYON: Les conventions conférant la jouissance d' un local commercial sans entrainer l' application du décret du 30 septembre 1953 JCP 1974 I 2628, No 4. BEY et GAVALDA: Le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 22. PENFORNIS et GUYENOT, op. cit., p. 15. CALAIS-AULOY, op. cit., No 80. PEDAMON, Baux commerciaux, R.T.D. Com., 1982, No 1.

١٩٦٧ حرمان المستفيد من حق طلب فسخ عقد التأجير التمويلى العقارى كل ثلاث سنوات [١] .

وبما ان حكم المادة الثالثة – أولاً من لائحة ١٩٥٣ كان متعلقاً بالنظام العام وقت ان صدرت لائحة ١٩٦٧ [٢] ، لم يشأ المشرع الفرنسى ترك المستفيد دون ان يتقرر له حق طلب فسخ العقد على نحو مطلق فاوجب الاتفاق على الشروط التى يكون للمستفيد بمقتضاها طلب فسخ العقد بإرادته المنفردة [٣] . وبعبارة أخرى يعد ادراج شرط التقايل فى عقد التأجير التمويلى العقارى أمراً وجوبياً على خلاف عقد التأجير التمويلى للمنقولات . وطبقاً لما تقضى به المادة الأولى – ثانياً من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ يترتب على اغفال العقد تنظيم شرط التقايل لمصلحة المستفيد بطلانه [٤] .

٤٤٩ – ويتضح من ذلك ان المشرع الفرنسى يكتفى بوجوب السماح للمستفيد بطلب فسخ عقد التأجير التمويلى العقارى بارادته المنفردة ، ويترك أمر تحديد شروط إعمال هذا الحق للاتفاق . ويجرى العمل على تحديد مدة طويلة لا يجوز للمستفيد قبلها إعمال شرط التقايل ، لا تقل عادة عن عشر سنوات [٥] . ويجب على المستفيد تعويض شركة التأجير التمويلى عن الفسخ ، ويتم تحديد قيمة التعويض بمجموع اقساط الأجرة المتبقية [٦] ، وهو ما يعنى الوفاء بكل ما كان يشغل

---

(١) BALME, op.cit., No 93. GIOVANOLI, op. cit., p. 256 No 319.

(٢) ذلك أنه منذ صدور القانون رقم ٨٥ – ١٤٠٨ بتاريخ ٢٠ ديسمبر ١٩٨٥ فى شأن تيسير شروط المنافسة (Journal Officiel, 21 décembre 1985. JCP 1986 III 58136) اضيفت للفقرة الثانية من المادة الثالثة – أولاً من لائحة ١٩٥٣ عبارة « ما لم يتفق على خلاف ذلك » (المادة ١٣ من القانون المذكور) . وبالرغم من صيرورة استبعاد حكم لائحة ١٩٥٣ جائزا الا ان حكم المادة الأولى – ثانياً من قانون ١٩٦٦ لا يزال نافذاً ويجب العمل به .

(٣) LEFEBVRE, op. cit., No 4. BEY: JCP 1978 II 18934, note sous Cour d' appel de Paris, 16° chambre, 24 février 1978.

(٤) OUERDRAOGO, op. cit., 26. CABRILLAC, op. cit., No 130. BOSC, op. Cit., p. 7.

(٥) PACE: Pratique..., op. cit., p. C 12.

(٦) OUERDRAOGO, op. cit., p. 252.

ذمة المستفيد نظراً لغياب الثمن الفعلى كمقابل تملك المستفيد للعقار فى نهاية مدة العقــد .

ولقد رفضت محكمة النقض الفرنسية أول الأمر ابطال عقد التأجير التمويلى استناداً إلى المادة الأولى - ثانياً من قانون ١٩٦٦ لما تضمنه العقد من الزام المستفيد بدفع جميع أقساط الأجرة المتبقية على سبيل التعويض (١) . واسست المحكمة العليا حكمها على ان الزام المستفيد بدفع ذلك التعويض لا يفضى إلى اعتبار شركة التأجير التمويلى قد جمعت فى آن واحد بين الفسخ والتنفيذ العينى ، ذلك ان الوفاء بمجموع أقساط الأجرة المتبقية لا يكون بوصفها اجرة وانما بوصفها تعويضاً عن الفسخ . ولقد انتقد جانب من الفقه حكم محكمة النقض المتقدم لمجافاته العدالة واقراره ما تلجأ إليه شركات التأجير التمويلى من تحريف لاداءات المستفيد تحت مسميات خاصة كالتعويض وهى لا تستهدف فى واقع الأمر سوى الجمع بين فسخ العقد وتنفيذه تنفيذاً عينياً . ويشير هذا الفقه إلى ما يختص به التأجير التمويلى العقارى بالنظر إلى القيمة السوقية العالية للعقار عند استرداد الشركة له وما يترتب عليه من ضمان إهلاك رأسمال الشركة بالتصرف فى العقار بالبيع أو التأجير (٢) .

ولقد عدلت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها المتقدم وقضت ببطلان عقد التأجير التمويلى الذى يفرض على المستفيد دفع تعويض يقدر بمجموع اقساط الأجرة المتبقية عند إعمال حقه فى طلب فسخ العقد ، ذلك ان شركة التأجير التمويلى لم تهدف فى واقع الأمر سوى حمل المستفيد على تنفيد اداءاته المالية الناشئة عن العقد بالرغم من زواله بالفسخ (٣) . وتكون المحكمة بذلك قد رفعت تحايل الشركة الممولة

---

(١) Cassation civile, 3° chambre, 6 décembre 1978, Dalloz 1980, juris-prudence 217, note LANDRAUD.

(٢) LANDRAUD: note précitée.

(٣) Cassation civile, 3° chambre, 7 mars 1988, Dalloz 1988, I. R. 122, cassation de l' arrêt de la Cour d' appel de Paris, 5° chambre A, 27 février 1984.

على أحكام القانون التى لا تجيز للمتعاقد الجمع بين طلب تنفيذ العقد وطلب فسخه .

ولاشك فى ان المحكمة العليا بموقفها الأخير ترفع عن كاهل المستفيد تعسف شركة التأجير التمويلى فى الجمع بين ضمان اهلاك كامل رأسمالها واستئثارها بالقيمة السوقية للعقار الذى تسترده على اثر الفسخ . ومع ذلك لا تثور شبهة الجمع بين التنفيذ العينى والفسخ الا إذا كان التعويض مساوياً لمجموع اقساط الأجرة المتبقية . ويترتب على ذلك أنه يكفى شركات التأجير التمويلى انقاص التعويض بنسبة ضئيلة جداً من اقساط الأجرة الباقية حتى ترفع عن نفسها شبهة التحايل على أحكام القانون. ومن جهة أخرى لا نرى فى جزاء بطلان العقد ما يحقق التوازن بين مصالح الطرفين لما يترتب عليه من الزام شركة التأجير التمويلى برد جميع أقساط الأجرة التى تكون قد قبضتها تنفيذاً للعقد إلى المستفيد . وكان الأحرى هو الحكم ببطلان شرط الوفاء بالتعويض مع الحكم بالفسخ الذى لا يترتب آثاره فى العقود المستمرة الا بالنسبة إلى المستقبل فقط . ولكن يلاحظ أنه لم يكن فى مقدور المحكمة العليا الحكم بهذا الجزاء نظراً لما ينص عليه المشرع فى المادة الأولى - ثانياً من قانون ١٩٦٦من جزاء بطلان العقد ذاته لا بطلان شروط إعمال حق المستفيد فى طلب فسخ العقد بارادته المنفردة [١] .

والواقع ان المشرع الفرنسى بعد ان أوجب ادراج شرط التقايل فى عقود التأجير التمويلى العقارى استطاع ان يقضى على كل طابع آمر للحكم المتقدم ، وذلك بأن ترك للإرادات الخاصة أمر تحديد شروط إعمال حق طلب الفسخ بناء على ارادة المستفيد [٢] .

---

(١) وتجدر الاشارة إلى أن نص المادة المشار إليها يرتب جزاء البطلان على اغفال العقد تحديد شروط إعمال حق التقايل لمصلحة المستفيد ، ويتقرر البطلان من باب أولى إذا كانت نصوص العقد صريحة فى حرمان المستفيد من إعمال ذلك الحق . أما فرض الشروط التعسفية عند إعماله فهذا ما لا يواجهه النص المذكور .

(٢) CALAIS-AULOY, op. cit., No 107.

٤٥٠ – ولقد ثار الخلاف حول طبيعة البطلان المنصوص عليه فى المادة الأولى – ثانياً من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ . فقد ذهب البعض إلى ان البطلان المقرر هو بطلان نسبى لأن شرط التقايل مقرر لمصلحة المستفيد فيكون له وحده حق طلب ابطال عقد التأجير التمويلى [١] ، بينما ذهب جانب آخر إلى أن البطلان مطلق نظراً للطبيعة الآمرة لقواعد قانون ١٩٦٦ [٢] .

ويشير البعض إلى ان عدم سريان أحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الثالثة – أولاً من لائحة ١٩٥٣ مقرر لمصلحة شركة التأجير التمويلى [٣] ، وقد تقرر وجوب ادراج العقد شرط التقايل لمصلحة المستفيد مقابل حماية مصالح الشركة من مخاطر تطبيق أحكام اللائحة المذكورة . لذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن الجزاء المقرر فى المادة أولى . ثانياً من قانون ١٩٦٦ هو البطلان المطلق اذ يستمد حكم هذه المادة طابعه الآمر من الطبيعة امرة لحكم المادة الثالثة – أولاً من لائحة ١٩٥٣ ، وقد جاء الحكم الأول بديلاً عن الحكم الثانى [٤] .

ومن جانبنا نرجح ان الجزاء المقرر لمخالفة حكم قانون ١٩٦٦ يتمثل فى البطلان النسبى الذى يسمح للمستفيد وحده بطلب ابطال العقد . فمن جانب لم يعد حكم المادة الثالثة – أولاً من لائحة ١٩٥٣ متعلقاً بالنظام العام ، وبالتالى لم يعد هناك مجال للقول بأن حكم قانون ١٩٦٦ يستمد طابعه الآمر من الطبيعة الآمرة لحكم لائحة

---

(١) BALME, op. cit., No 95. VIATTE: Le crédit-bail, op. cit., p. 637. DAGOT, op. cit., p. 124.

(٢) BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op. cit., Fasc. 650, No 32.

(٣) PACE: Pratique..., op. cit., p. C2. OUERDRAOGO, op. cit., p. 372. BEY. JCP 1978 II 18934, note précitée.SOLAL: Le crédit-bail immobilier, op. cit, p. 98. GUYON: Les conventions..., op. cit., No 10.

(٤) CALAIS-AULOY, op. cit., No 107.

١٩٥٣ . ومن جانب آخر يجب اخذ فى الاعتبار المصالح المالية والإقتصادية الهامة التى تتقرر للمتعاقدين بموجب عقد التأجير التمويلى العقارى بينما لا يعد شرط التقايل ركنا جوهرياً فى العقد . فيكون الأوفق ترك المجال للمستفيد فى المطالبة بابطال العقد وفقاً لما تمليه عليه مصالحه بدلاً من إمكانية اثارة البطلان من قبل كل من له مصلحة فى ذلك أو السماح للقاضى بالحكم بالبطلان من تلقاء نفسه .

والأحرى بالمشرع الفرنسى التدخل لإبطال الشروط التعسفية التى تقترن بإعمال المستفيد شرط التقايل واهمها الزامه بدفع التعويض عن الفسخ كما تقرره عقود التأجير التمويلى العقارى .

٤٥١ - وفى ختام الحديث عن فسخ عقد التأجير التمويلى بناء على طلب المستفيد يمكن القول بوجه عام ان المستفيد مضطر إلى المضى فى تنفيذ العقد حتى نهايته بمجرد ان قام بتوقيعه واوفت الشركة بالتزامها بالتمويل . فمن جانب لا يترك اتساع نطاق التزامات المستفيد وحصر التزامات الشركة فى حدود ضيقة مجالاً لطلب فسخ عقد التأجير التمويلى قضائياً نظراً لصعوبة ان تخل الشركة الممولة بالتزاماتها العقدية فى واقع الأمر . والأصل ان مدة عقد التأجير التمويلى غير قابلة للالغاء مما يفرض على المستفيد المضى فى تنفيذ التزاماته حتى بلوغ العقد منتهاه . وتضمن شركة التأجير التمويلى بذلك إهلاك كامل رأسمالها المستثمر فى التمويل . وفى الفروض التى يجيز فيه العقد للمستفيد طلب فسخ العقد بإرادته المنفردة لا يمكن ان يتحقق ذلك مع تعريض الشركة لخطر عدم إهلاك كامل رأسمالها . ويستوى فى ذلك ان يكون ادراج شرط التقايل فى العقد أمراً جوازياً ، كما فى عقود التأجير التمويلى للمنقولات ، أو امراً وجوبياً ، كما فى عقود التأجير التمويلى العقارى .

المطلب الثانى

فسخ العقد بناءً على طلب شركة التأجير التمويلى

٤٥٢ - مع اتساع نطاق الالتزامات التى يلقيها عقد التأجير التمويلى على عاتق المستفيد تزداد فرص اخلاله بأحد هذه الالتزامات . ويعد الوفاء باقساط اجرة التأجير التمويلى أهم اداءات المستفيد على الاطلاق ، اذ من خلالها يتحقق لشركة التأجير التمويلى إهلاك رأسمالها فضلاً عن تغطية نفقاتها وتحقيقها للربح المنشود من تدخلها بالتمويل .

ولقد تبين لنا كيف تحتاط شركة التأجير التمويلى من مخاطر اعسار المستفيد ، ولم يكن اكتسابها ملكية الأصل واحتفاظها بها طوال مدة العقد الا من اجل مواجهة تلك المخاطر . ومتى عجز المستفيد عن الوفاء بالتزاماته أو تعاظمت مخاطر اعساره تستطيع الشركة الممولة استرداد الأصل المملوك لها . ولكن باعتبار عقد التأجير التمويلى عقد ايجار يتقرر لها ذلك عن طريق المطالبة بفسخ العقد .

ويتقرر فسخ عقد التأجير التمويلى إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح الذى يتضمنه ويحدد الشرط الحالات التى تستوجب اعتبار العقد مفسوخاً . الا ان انفساخ العقد لا يكون من تلقاء نفسه ، لكن الأمر مرده إلى إعلان شركة التأجير التمويلى رغبتها فى اعتبار العقد مفسوخاً[١] . ويترتب على ذلك ان الشركة قد تفضل المضى فى تنفيذ العقد بالرغم من توافر احدى الحالات الموجبة لانفساخه . فعلى ضوء مصالحها قد تلزم المستفيد بالتنفيذ العينى لالتزاماته ، وإذا كان المستفيد قد اخل بالتزامه بدفع اقساط الاجرة فإن الشركة تستطيع إعمال أحد الضمانات المقررة لها دون ان تطالب بفسخ العقد .

---

(١) BEY et GAVALDA: Le crédit- bail mobilier, op. cit., p. 20. BOSC, op. cit., p. 6.

وعلى ضوء ما تقدم نعرض فى فرع أول لأسباب فسخ عقد التأجير التمويلى إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح ، ثم نعرض فى فرع ثان للآثار المترتبة على فسخ العقد .

الفرع الأول

اسباب فسخ عقد التأجير التمويلى

٤٥٣ - طبقاً لنصوص عقد التأجير التمويلى تستطيع الشركة الممولة إعمال الشرط الفاسخ الصريح فى احدى حالتين : الأولى هى اخلال المستفيد باحد التزاماته العقدية والثانية هى تفاقم مخاطر اعساره وعجزه عن مواجهة الاعباء المالية الناشئة عن العقد .

أولاً : اخلال المستفيد بالتزاماته العقدية :

٤٥٤ - يعد اخلال المتعاقد بالتزامه العقدى السبب الموجب لطلب فسخ العقد الملزم للجانبين وفقاً للقواعد العامة . ولا يشذ عقد التأجير التمويلى عن هذه القاعدة ، لذلك ينص الشرط الفاسخ الصريح الوارد به على اعتبار العقد مفسوخا فى حالة اخلال المستفيد بتنفيذ الالتزامات التى يلقيها على عاتقه ، متى اعلنت شركة التأجير التمويلى رغبتها فى ترتيب هذا الأثر .

وبالتالى تستطيع شركة التأجير التمويلى إعمال الشرط الفاسخ الصريح إذا امتنع المستفيد عن دفع اقساط الاجرة فى مواعيدها المتفق عليها [١] . ويمتد الحق المتقدم إلى اخلال المستفيد بأى من التزاماته التى تنشأ عن عقد التأجير التمويلى [٢] .

---

(١) GIOVANOLI, op. cit., p. 249 No 311. BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 20. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., 73. CABRILLAC, op. cit., No 63. BOSC, op. cit., p. 6. PARLEANI, op. cit., p. 710 No 24.

(٢) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 74. CAPORALE, op. cit., p. 217. LEQUIN, op. cit., p. 29. BAKOUKA, op. cit., p. 100, 101.

ويكفى اذن امتناع المستفيد عن دفع قسط من اقساط الاجرة أو اهماله فى صيانة الأصل المؤجر أو امتناعه عن وفاء احد اقساط التأمين لكى يصير فى مقدور شركة التأجير التمويلى إعمال الشرط الفاسخ الصريح الوارد بالعقد . وقد قضى بصحة إعمال الشرط الفاسخ الصريح بسبب اخلال المستفيد بالتزامه بعدم تجاوز تأجير ما يزيد على نصف مساحة العقار المؤجر من الباطن وكان المستفيد قد أجر من الباطن كامل مساحة العقار[1] .

وتوكد عقود التأجير التمويلى على جواز إعمال الشرط الفاسخ الصريح فى حالةمخالفة المستفيد أى من الشروط العامة أو الشروط الخاصة لعقد التأجير التمويلى ، مما يترك مجالاً واسعاً لشركة التأجير التمويلى فى إعمال ذلك الشرط .

٤٥٥ - ويتقرر فسخ عقد التأجير التمويلى بمجرد اعلان الشركة الممولة رغبتها فى اعتبار العقد مفسوخاً دون حاجة إلى اتخاذ أى اجراء قضائى. ولكن يتعين على شركة التأجير التمويلى اعذار المستفيد بالفسخ ، بل ان عقود التأجير التمويلى تفرض عليها القيام بالاعذار إذا كان إعمال الشرط الفاسخ الصريح بسبب امتناع المستفيد عن دفع أقساط الأجرة . ولا يعتبر العقد مفسوخاً الا إذا مضى المستفيد فى اخلاله بهذا الالتزام بالرغم من الاعذار . وتحدد عقود التأجير التمويلى المدة التى يتعين خلالها على المستفيد الوفاء بالاجرة بعد اعذاره والا انفسخ العقد . وتتفاوت العقود فى تحديد هذه المدة ولكنها لا تقل كما يبين من العمل عن ثمانية أيام .

أما فيما يتعلق باخلال المستفيد بالتزاماته الاخرى لا يتضمن عقد التأجير التمويلى اشارة إلى وجوب اعذار المستفيد قبل اعتبار العقد مفسوخاً . ومع ذلك يجب على الشركة الممولة القيام باعذار المستفيد فى كل الأحوال ، لأنه طبقاً للقواعد العامة لا يحول تضمين العقد شرط فاسخ صريح دون وجوب الاعذار . ولا يرفع عن كاهل الدائن واجب الاعذار الا إذا تم الاتفاق صراحة على ذلك .

---

(١) Tribunal de commerce de Lyon, Ordonnance de référé du 26 octobre 1977, Dalloz 1978, I. R. 298.

ويلاحظ أنه متى قامت شركة التأجير التمويلى باعذار المستفيد وانقضت المدة المتفق عليها لقيام المستفيد بدفع الأجرة يحق للشركة التمسك بانفساخ العقد الذى ترتبت آثاره بالرغم من عرض المستفيد اللاحق دفع الأجرة المستحقة عليه [١] .

ثانياً : تفاقم مخاطر اعسار المستفيد :

٤٥٦ – من المتصور ان يمضى المستفيد او خلفه العام فى تنفيذ التزاماته العقدية بالرغم من الصعوبات التى قد يواجهها مشروعه الاقتصادى . وطبقاً للقواعد العامة لا يجوز طلب فسخ العقد طالما لم يخل المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية .

ومع ذلك تجيز عقود التأجير التمويلى للشركة الممولة إعمال الشرط الفاسخ الصريح فى حالات محددة ، بالرغم من انتفاء الخطأ العقدى فى حق المستفيد . وتتمثل هذه الحالات فى انقاص الضمانات العينية والشخصية وشهر افلاس المستفيد أو الحكم عليه بعقوبات التفالس وبيع محله التجارى أو الحرفى جبراً أو اختياراً ووفاة المستفيد او الحجر عليه او اعتزاله النشاط [٢] .

وتعد مختلف هذه الحالات بمثابة ناقوس الخطر بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى اذ تنبىء عن احتمال عدم استيفاء حقوقها المالية بسبب ما يعترى المستفيد من أحوال طارئة عليه . ويكون فى إعمالها الشرط الفاسخ الصريح ما يقيها من مخاطر اعسار المستفيد .

ويثير إعمال الشرط الفاسخ الصريح فى مثل هذه الحالات اشكاليتين رئيسيتين: تتمثل الأولى فى مدى اعتبار عقد التأجير التمويلى من عقود الاعتبار الشخصى ، تبرر فسخه فى حالة وفاة المستفيد او شهر افلاسه . بينما تتمثل الثانية فى مدى جواز إعمال الشرط الفاسخ الصريح فى حالة شهر افلاس المستفيد وقد تعلقت مصلحة جماعة الدائنين بالمضى فى تنفيذ العقد .

---

(١) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 75.

(٢) BACHASSON, op. cit., p. 171 No 185. CALAIS-AULOY, op. cit.,No105. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 76.

أ) فسخ عقد التأجير التمويلى بسبب زوال الاعتبار الشخصى :

٤٥٧ - يذهب الفقه الفرنسى إلى اعتبار عقد التأجير التمويلى من عقود الاعتبار الشخصى [١] ، لأنه يقوم على علاقة تمويلية فى جوهره وهى من العلاقات المبنية على عنصر الثقة [٢] . ويترتب على ذلك ان يكون لشخص المستفيد اعتباره الجوهرى بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى [٣] .

ويستخلص الفقه طابع الاعتبار الشخصى من نصوص عقد التأجير التمويلى . ذلك أنه لا يجوز للمستفيد التنازل عن الايجار أو التأجير من الباطن [٤] ، ولا يجوز له النزول عن الوعد بالبيع للغير [٥] ، وينقضى العقد بوفاة المستفيد أو الحجز عليه أو شهر إفلاســه [٦] .

ويشير البعض إلى أن احتواء عقد التأجير التمويلى عناصر الاعتبار الشخصى يعبر عن رغبة الشركة الممولة فى توفير قدر من الامان فى علاقتها بالمستفيد [٧] . وكلما كانت قيمة التمويل مرتفعة كلما حرصت الشركة على توفير موجبات الامان وضمان

---

(١) BEY et GAVALDA: LE crédit-bail immobilier, op. cit., p. 44. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 45. CALAIS-AULOY, op. Cit., No 92. BALME, op. cit., No 82. BAKOUKA, op. cit., p. 22. OUERDRAOGO, op. cit., p. 304.

(٢) GOYET, op. cit., p. 46 N (63). ELKRIMI, op. cit., p. 12. LAURE, op. cit., P. 797.

(٣) CALAIS-AULOY, op. cit., No 92.

(٤) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 29. CALAIS-AULOY, op Cit., No 92. BAKOUKA, op. cit., p. 90. CROIZAT, op. cit., p. 159. BALME, op. cit., No 82.

(٥) BEY: Les aspects..., op. cit., No 32.

(٦) CAPORALE, op. cit., p. 215. BEY: De la symbiotique..., op. Cit., p. 189, 190. BEY: Jurislasseur Banque et Crédit, op. cit., Fasc. 652, No 8.

(٧) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 172.

استيفائها حقوقها المالية [١] . وللأمان بهذا المفهوم طابع نسبى ، تحاول الشركة توفيره ابتداء بدراستها الدقيقة لمركز المستفيد المالى عند التعاقد [٢] . كذلك هى ترتكن فيما يتعلق بتنفيذ العقد إلى مقومات المستفيد الشخصية وقدرته على مواجهة الاعباء المالية الناشئة عن العقد [٣] . لذلك فهى لا تجيز ان يحل شخصاً خر محل المستفيد فى تنفيذ التزاماته العقدية [٤] . ومع ذلك رأينا ان شركة التأجير التمويلى قد تجيز للمستفيد التنازل عن الايجار شريطة ان تخطر بذلك مقدماً وان توافق على شخص المتنازل إليه . فقد تجد فى المضى فى تنفيذ العقد مع هذا الشخص الأخير ما يوفر لها مزيداً من الامان فى استيفاء حقوقها المالية . لكن ذلك ينبىء بان الشركة لا تحرص على قيام المستفيد بتنفيذ العقد لما يتوافر فيه من مقومات شخصية بقدر ما يعنيها توافر ظروف الامان الملائمة لضمان استيفاء حقوقها المالية [٥] .

٤٥٨ - مفهوم الاعتبار الشخصى فى مجال العقود ان مقومات المتعاقد الشخصية من حيث الكفاءة أو الخلق او الائتمان تلعب دوراً جوهرياً فى نشأة الرابطة القانونية وتنفيذها [٦] . ولذلك تعد جميع العقود المصرفية [٧] ، وبوجه عام جميع عقود الائتمان [٨] ، من قبيل عقود الاعتبار الشخصى لانها تقوم على عنصر الثقة فى شخص العميل أو متلقى الائتمــــان [٩] .

---

(١) BEYet GAVALDA: Le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 129.
(٢) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 45.
(٣) CROIZAT, op. cit., p. 159.
(٤) BALME, op. cit., No 82.
(٥) فى هذا المعنى : OUERDRAOGO, op. cit., p. 304.
(٦) BOYER: Contrats et conventions, op. cit., No 153.
(٧) DECOTTIGNIES : Ayant - cause, Encyclopédie Dalloz Civil, I, No 15.
(٨) DE JUGLART et IPPOLITO, op. cit., p. 34 N0 1502.
(٩) RODIERE et RIVES-LANGE, op. cit.,p. 273 No 218. FERRON-NIERE et DE CHILLAZ, op. cit., p. 241 No 257.

وطبقا للقواعد العامة لا يجوز تنفيذ الإلتزام بعمل بواسطة الغير إذا كانت مصلحة الدائن تتعلق بقيام المدين بالعمل بنفسه [1] . ولكن من المقرر أنه لا يجوز تنفيذ مجمل الإلتزامات العقدية ، أيا كانت طبيعتها ، إلا بواسطة المتعاقد ذاته [2] . وإذا كان العقد جارى التنفيذ لا يجوز المضى فى تنفيذه إذا لم يعد فى مقدور المتعاقد ، لأى سبب كان ، تنفيذ الإلتزام بنفسه . ولذلك ينقضى العقد بسبب وفاة المتعاقد أو الحجر عليه أو شهر إفلاسه [3] .

ولا يعد عقد الإيجار بحسب الأصل من عقود الإعتبار الشخصى ، إذ يأمل المؤجر الحصول على ربع المال الذى يقوم بإستغلاله عن طريق تمكين شخص آخر من الإنتفاع به . ولا يتوقف تنفيذ التزامات المستأجر على مقومات خاصة تتوافر فى شخصه .

وتؤكد أحكام القانون فى شأن عقد الإيجار ذلك : فالأصل أنه يجوز للمستأجر التنازل عن الإيجار من الباطن [4] ، كذلك لا ينقضى عقد الإيجار بوفاة المؤجر أو المستأجر [5] . ومع ذلك يمكن إستخلاص الإعتبار الشخصى من المضمون الإتفاقى للعقد بالرغم من أن العقد لا يقوم بحسب الأصل على الإعتبار الشخصى [6] . ويجوز فى عقد الإيجار منع المستأجر من التنازل عن الإيجار أو قيامه بتأجير العين المؤجرة من الباطن [7] . كذلك يجوز الإتفاق على إنتهاء العقد بوفاة المستأجر أو الحجر عليه أو

---

(١) المادة ١٢٣٧ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) MAZEAUD et CHABAS: Le çons de Droit civil, op. cit., Tome II, 1°volume, p. 849 No 153.

(٣) BOYER, op. cit., No 153.

(٤) المادة ١٧١٧ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى .

(٥) المادة ١٧٤٢ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٦) DECOTTIGNIES, op. cit., No 15.

(٧) وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٧١٧ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهى تقضى بجوب إعمال الشرط المانع فى جميع الأحوال . كذلك يجوز تعليق التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن على موافقة صريحة من المؤجر فيما يعرف فى الفقه الفرنسى بشرط القبول Clause d' agrément . انظر فى ذلك :

GROSLIERE: Bail, op. cit., No 464.

شهر إفلاسه [1] . ولقد أفادت شركات التأجير التمويلى من الطابع المكمل لقواعد عقد الإيجار لضمان عدم المضى فى تنفيذ العقد إذا لم يعد فى مقدور المستفيد تنفيذه بنفسه . ولقد عرضنا للأسباب التى أملت على تلك الشركات إتباع النهج المتقدم .

٥٤٩ – ويثور التساؤل حول مدى إمكانية الإعتداد بالطابع المالى لعقد التأجير التمويلى من أجل ترتيب الآثار الخاصة بالإعتبار الشخصى فى الفروض التى لا يتضمن فيها العقد الإتفاقات الصريحة الخارجة على القواعد العامة فى عقد الإيجار . وبعبارة أخرى هل يجوز حرمان المستفيد من التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن والحكم بإنقضاء العقد بسبب الوفاة أو الحجر أو الإفلاس ولو لم يتفق على ذلك فى العقد ؟

لقد إستند البعض إلى أن الإيجار فى عقد التأجير التمويلى ليس إيجارا تقليديا وإنما هو إيجار مالى [2] ، وقيل بأن الإيجار هو التعبير القانونى لعلاقة تمويلية تصطبغ بلا شك بالإعتبار الشخصى [3] . ويترتب على ذلك حرمان المستفيد من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، وإنقضاء العقد بالوفاة أو الحجر أو الإفلاس ولو لم يتفق على ذلك صراحة فى العقد .

ونرى عدم جواز ترتيب تلك الآثار تلقائياً فى ظل الأوضاع الراهنة لعقد التأجير التمويلى وإعتباره عقد إيجار . أما إذا كان العقد مطروحا على الساحة القانونية بوصفه عقدا من عقود الإئتمان فما من شك فى وجوب إعتباره من قبيل عقود الإعتبار الشخصي وترتيب الآثار الناشئة عن ذلك بغض النظر عن المضمون الإتفاقى للعقد ومواجهته لحالات زوال الإعتبار الشخصى .

---

(١) DECOTTIGNIES, op. cit., No 16.

(٢) انظر عرض نظرية الايجار المالى التى سوف نعد إليها تفصيلاً بمعرض الحديث عن الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى مؤلفى
BEY et GAVALDA:
Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 48; 49, Le crédit-bail immobilier op. cit., p. 68 et s.

(٣) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 14. PACE: Pratique..., op. cit, p. E 12. LEOUP: JCP 1967 II 15291, note précitée. CALAIS-AULOY, op. cit., No 9.

أما تعمد الإرادات الخاصة افراغ العلاقة التعاقدية فى قالب الإيجار من أجل الإفادة من مزاياه ، مع محاولة ترتيب آثار لا يقتضيها هذا القالب بحسب الأصل ودون أن تعنى هذه الإرادات بالإتفاق على ترتيبها فهذا ما لا يمكن الإعتراف به لتلك الإرادات .

فمن جانب إذا كان المستفيد فى مركز المستأجر ويلتزم بدفع الأجرة مقابل الإنتفاع بالأصل أين المبرر القانونى لحرمانه من بعض السلطات المقررة له قانونا بالإنتفاع بالأصل كالتنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن ، والفرض أن العقد لم يتضمن ما يفيد حرمان المستفيد من تلك السلطات . وإذا كانت الأعباء المالية التى يتحملها المستفيد لا تقابل القيمة الإيجارية للأصل بل تتجاوزها فى جميع الفروض ، فمن باب أولى عدم جواز حرمانه من بعض السلطات المقررة له فى ظل غياب الإتفاق على ذلك .

ومن جانب آخر إذا قيل بأن وفاة المستفيد أو الحجر عليه أو شهر إفلاسه فيه تهديد لمصالح شركة التأجير التمويلى بسبب مخاطر عدم إستيفائها الحقوق المالية المقررة لها ، على إعتبار أنها لم تعول عند التعاقد إلا على صحة المركز المالى للمستفيد وحده دون غيره من الأشخاص [١] ، فالأصل أن ضمان حصولها على تلك الحقوق يكون فى المضى فى تنفيذ عقد الإيجار التمويلى بواسطة الخلف العام أو القيم أو السنديك لا فى فسخ العقد . ذلك أن بإعتبار العقد إيجارا لا تتقرر الأجرة إلا مقابل الإنتفاع بالأصل ، فمتى إنقطع الإنتفاع بالفسخ زال عن عاتق المسفيد التزامه بدفع الأجرة ولا يتحقق بالتالى للشركة الممولة إهلاك كامل رأسمالها المستثمر فى التمويل . لكن الفسخ يخول الشركة إسترداد الأصل أى إستثمارها بقيمته السوقية وقت الإسترداد . وهى بذلك تتفادى مخاطر الإشتراك فى تفليسة المستفيد [٢] . و يضاف إلى ذلك أنه

---

(١) فى هذا المعنى : BACHASSON, op. cit., p. 57 No 64.

(٢) انظر فى مخاطر مشاركة الدائنين العاديين فى تفليسة المدين :
RIPERT et ROBLOT: Traité élémentaire de Droit commercial, LGDJ, Paris, Tome II, 9° édition 1981, p. 684 No 2811.

فى حالة الوفاة تحصل الشركة على تعويض من شركة التأمين التى قامت بالتأمين على حياة المستفيد لمصلحة الشركة . ويعادل التعويض فى حالة إستحقاقه ثمن الأصل الذى دفعته الشركة عند بدء عملية التأجير التمويلى .

إذن يجب على شركة التأجير التمويلى أن تعلن أن مصلحتها تكمن فى إسترداد الأصل المؤجر لا فى المضى فى تنفيذ العقد ، طالما أمكن إفتراض أن مصلحتها المالية تقتضى المضى فى تنفيذه وليس فى فسخه ، وكان الأصل فى القالب الذى أفرغت فيه العلاقة العقدية أنه لا يترب على توافر إحدى الحالات المذكورة إنقضاؤه .

خلاصة القول إذن أنه طالما عد عقد التأجير التمويلى من قبيل الإيجار قانونا لا يترتب على زوال الإعتبار الشخصى إنقضاؤه ما لم يواجه الإتفاق صراحة حالات الفسخ .

ب) اعمال الشرط الفاسخ الصريح فى حالة إفلاس المستفيد :

٤٦٠ - لا شك أن أبلغ المظاهر على اعسار المستفيد وعجزه عن مواجهة الأعباء المالية الناشئة عن عقد التأجير التمويلى يكون فى حالة شهر إفلاسه [1] . لذلك تحرص عقود التأجير التمويلى على شمول الشرط الفاسخ الصريح الوارد بها حالة إفلاس المستفيد .

ومع ذلك لا يرتب الشرط الفاسخ الصريح أثره فى حالة شهر إفلاسه المستفيد ما لم يقر مدير أموال المستفيد الفسخ . ذلك أنه منذ صدور القانون رقم ٦٧ - ٥٦٣ بتاريخ ١٣ يوليو ١٩٦٧ فى شأن التسوية القضائية والإدارة المؤقتة وتصفية الأموال [2] صار للسنديك حق المطالبة بالمضى فى تنفيذ العقود التى كان تنفيذها جاريا وقت صدور الحكم بالإفلاس على أن تتولى جماعة الدائنين الوفاء بالإلتزامات التى تشغل

---

(١) GAVALDA, op. cit., 2° cahier, No 74. BAKOUKA, op. cit., p. 101. DE CAGNY, op. cit., septembre 1970, p. 763.

(٢) Journal Officiel, 14 juillet 1967. Dalloz 1967, Législation 269.

ذمة المفلس [١] . وقد تأكد هذا الحكم عند صدور القانون رقم ٨٥ - ٩٨ بتاريخ ٢٥ يناير ١٩٨٥ فى شأن الإدارة القضائية للمشروعات المتعثرة إذ يحق لمدير الأموال الإستمرار فى تنفيذ العقود متى كان ذلك ضروريا لإستمرار نشاط المفلس ، وذلك بناء على قرار ينفرد المدير بإتخاذه [٢] .

وجدير بالإشارة إلى أن الحق الذى تقرر للسنديك أول الأمر والمقرر حاليا لمدير الأموال يتعلق بالنظام العام [٣] ، وبالتالى لا ينتج الشرط الفاسخ الصريح الوارد بعقد التأجير لتمويلى أثره ما لم يقر المدير الفسخ [٤] . إلا أن الأمر يفترض أنه فى وقت صدور الحكم بالإفلاس لم يكن الشرط الفاسخ الصريح قد رتب آثاره بعد [٥] .

٤٦١ - ولقد ثار الخلاف حول السلوك الذى يجب على السنديك ومن بعده مدير الأعمال إتباعه فى شأن ترتيب الشرط الفاسخ الصريح آثاره أو على العكس إبطال مفعول ذلك الشرط . فظاهر نص المادة ٣٨ من قانون ١٩٦٧ ونص المادة ٣٧ فقرة أولى من قانون ١٩٨٥ أنه على السنديك ومن بعده مدير الأعمال إتخاذ قراره بالمضى فى تنفيذ العقد بالرغم مما تضمنه من شرط فاسخ صريح . وبعبارة أخرى يجب على السنديك أومدير الأعمال القيام بعمل إيجابى - إتخاذ القرار - لإبطال مفعول الشرط الفاسخ الصريح .

---

(١) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 104. BACHASSON, op. cit., p. 24 No 24.

(٢) Journal Officiel, 26 janvier 1985, p. 1117. Dalloz 1985, Législation 147.

(٣) BACHASSON, op. cit., p. 69 No 79.

(٤) Cassation commerciale, 17 mars 1975, Dalloz 1975, jurisprudence553, note DERRIDA. BALME, op. cit., No 89. ROLLET: Le crédit-bail une technique financière au service de l' investissement. Un mode de financement des priorités nationales, Thèse 3° cycle, Observation Economique, Paris, 1985, p. 71.

(٥) BACHASSON, op. cit., p. 28 N0 28.

إلا أن بعض أحكام المحاكم الفرنسية ذهبت إلى تفسير سكوت السنديك عن إتخاذ القرار المتقدم بإعتباره إقرارا بالمضى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى [1] . وبعبارة أخرى يجب صدور إقرار صريح من السنديك بالفسخ لكى يرتب الشرط الفاسخ الصريح أثره . بينما يرى الفقه أن سكوت السنديك يسمح لشركة التأجير التمويلى بالتمسك بالشرط الفاسخ الصريح الوارد بالعقد [2] .

وعندما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية أخذت المحكمة على حكم محكمة الإستئناف المطعون ضده تعليق المضى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى على إعلان صريح وخاص لإرادة السنديك فى ترتيب هذا الأثر ، إذ أضافت بذلك محكمة الإستئناف شرطا لإعمال حكم المادة ٣٨ من قانون ١٩٦٧ لم يقض به المشرع [3] . وإذا كانت المحكمة العليا تذهب إلى وجوب تقدير كل حالة على حدة للوقوف على موقف السنديك من الإستمرار أو عدم الإستمرار فى تنفيذ العقد ، إلا أنه صار من المقطوع به عدم وجوب صدور قرار صريح من السنديك يفيد المضى فى تنفيذ العقد .

٤٦٢ - وفى حالة المضى فى تنفيذ عق التأجير التمويلى لاشك فى التزام جماعة الدائنين بالوفاء بأقساط الأجرة التى تستحق بعد صدور الحكم بالإفلاس [4] . ولكن الخلاف ثار حول التزامها بأداء أقساط الأجرة التى إستحقت على المستفيد قبل إفلاسه ولم تقبضها شركة التأجير التمويلى . فقد ذهب جانب من الفقه إلى التزام

(١) Tribunal de Grande Instance de Lille, 14 mai 1975, Actualité Juridique - Propriété Immobilière, janvier 1977, note SOLAL.
(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 106.
(٣) Cassation commerciale, 3 juin 1986, Bulletin Civil 1986, IV, p. 95.
(٤) BACHASSON, op. cit., p. 135 No 151.

جماعة الدائنين تجاه الشركة الممولة بأداء تلك الأقساط [١] ، مما يترتب عليه زيادة العبء على التفليسة إذا إختار السنديك المضى فى تنفيذ العقد [٢] . بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى وجوب إعمال مبدأ المساواة بين الدائنين فى مواد الإفلاس والزام شركة التأجير التمويلى بالمشاركة فى التفليسة بالديون الخاصة بأقساط الأجرة التى حلت ولم تستوفها بعد [٣] .

ولقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأى الأخير بقولها أن ما من دائن يستطيع الإحتجاج بالتزام جماعة الدائنين بأداء الدين ما دام ناشئا قبل صدور الحكم بالتسوية القضائية [٤] . ويترتب على ذلك أنه على شركة التأجير التمويلى بوصفها دائنا عاديا بأقساط الأجرة التى حلت قبل صدور الحكم بالإفلاس المشاركة فى تفليسة المستفيد بالرغم من مضى السنديك فى تنفيذ عقد التأجير التويلى .

إذن عند الترجيح بين مصالح جماعة دائنى المستفيد ومصالح شركة التأجير التمويلى رجح القضاء الفرنسى الأولى على الثانية وهو النهج الذى يتبعه بوجه عام فى مواد الإفلاس من ترجيح مصالح تلك الجماعة . بل إن إعمال السنديك لخياره بالمضى فى تنفيذ العقد أو إقرار فسخه لا يكون إلا بالنظر إلى مصالح جماعة الدائنين . وإن قرر

---

(١) BEY et GAVALDA, op. cit., p. 104. BEY: JCP 1974 II 17865, note sous Cassation commerciale, 22 janvier 1974. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 132.

(٢) BACHASSON, op. cit, p. 37. No 41.

(٣) HEMARD et BOULOT: Ventes, transports et autres contrats commerciaux, R.T.D. Com, 1984, p. 521 No 19. ZAMPOU, op. cit., p. 309. RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome I, p. 797 No 3069.

(٤) Cassation Commerciale, 22 janvier 1974, JCP 1974 II 17865, note BEY.

وجدير بالاشارة إلى ان محكمة أول درجة وهى محكمة جرينوبل الإبتدائية تبنت هذا الرأى فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٧١ . الا إن الغرفة الأولى من محكمة استئناف جرينوبل ذهبت فى حكمها الصادر بتاريخ ٣ مايو ١٩٧٢ إلى عكس ذلك . ثم جاء حكم النقض مرجحاً لحكم محكمة أول درجة .

السنديك المضى فى تنفيذ العقد صارت الجماعة خلفا للمستفيد ، تلتزم بدفع أقساط التأجير المستقبلة دون أن تلتزم بأداء تلك التى إستحقت على المستفيد قبل صدور الحكم بالإفلاس[1] .

ولا شك إن الإبقاء على عقد التأجير التمويلى يفيد المستفيد فى الحالات التى يتمكن فيها من تفادى تصفية أمواله ، إذ يأمن إسترداد شركة التأجير التمويلى للأصل بصفة نهائية . وإذا أعمل السنديك خيار التملك الوارد بالعقد أضيفت قيمة المال المؤجر إلى أصول التفليسة . ومن جهة أخرى يتفادى المستفيد وكذلك جماعة الدائنين مشاركة شركة التأجير التمويلى فى التفليسة بالتعويض عن الفسخ بفرض استحقاقه مما يترتب عليه عدم زيادة خصوم التفليسة .

الفرع الثانى
آثار فسخ عقد التأجير التمويلى

٤٦٣ - يرتب فسخ عقود المدة آثاره بالنسبة إلى المستقبل فقط ، أى دون أن يكون له أثر رجعى . ويعد عقد التأجير التمويلى فى القانون الفرنسى من عقود الإيجار أى من عقود المدة .

ويترتب على ذلك أنه فى حالة فسخ العقد تسترد شركة التأجير التمويلى الأصل المملوك لها . ويزول عن عاتق المستفيد التزامه بدفع أقساط الأجرة التى لم تحل بعد . أما عن أقساط الأجرة التى تكون إستحقت قبل فسخ العقد فإنها تعد ملكا خالصا للشركة الممولة نظرا لإنعدام الأثر الرجعى للفسخ[2] .

وفى الفروض التى يرجع فيها الفسخ إلى خطأ المستفيد يقترن الشرط الفاسخ الصريح دائما بشرط جزائى يحدد التعويض المقرر لشركة التأجير التمويلى عن الفسخ .

---

(١) BACHASSON, op. cit., p. 146 No 164.

(٢) PACE: Pratique..., op. cit., p. C 13. CNCF, op. cit., p. 19 N (1).

هذا ويثير كل من إسترداد الشركة للأصل وإعمال الشرط الجزائى إشكاليات عدة : فمن جهة لا يخفى ما للملكية من دور خاص فى إطار التأجير التمويلى ، إذ يمثل الضمان الجوهرى المقرر للشركة ضد مخاطر اعسار المستفيد . ويتم إعمال هذا الضمان إذن عند إسترداد الشركة للأصل على اثر فسخ عقد التأجير التمويلى . ولا يبدو الأمر على أنه إسترداد المؤجر لما يملك بقدر ما يبدو على أنه إستئثار بالقيمة السوقية للأصل تسمح عند التصرف فيه بإهلاك جانب رأس المال الذى لم يكتمل إهلاكه من خلال أقساط الأجرة . ويتأكد ذلك بمشاركة بائع المنقول فى إعادة تسويقه على اثر الفسخ كما يتبين مما يجرى عليه الأمر فى فرنسا .

ومن جهة أخرى تسعى شركة التأجير التمويلى إلى إلزام المستفيد بتعويضها عن جميع الأضرار التى تلحق بها بسبب فسخ العقد . وتتمثل هذه الأضرار فى نظر الشركة فى عدم تمام إهلاك رأس المال فضلا عن فوات عوائده وهامش الربح المقرر لها . ولقد أثارت كيفية تقدير التعويض بموجب الشرط الجزائى الوارد بالعقد منازعات عميقة حاول من خلالها المستفيد إعفائه من الإلتزام بدفع التعويض المقرر بالشرط الجزائى وإخضاع الأمر للقواعد العامة ، كما حاول التخفيف من حدة الشرط الجزائى إستنادا إلى مبررات عديدة ومتنوعة .

وعلى ضوء ما تقدم يقتضى الحديث عن آثار فسخ عقد التأجير التمويلى التعرض لإسترداد الشركة الممولة للأصل وما يترتب على ذلك من أثر ، وبحث التزام المستفيد بدفع التعويض المقرر بالشرط الجزائى الوارد بالعقد .

أولا : إسترداد شركة التأجير التمويلى للأصل المؤجر :

٤٦٤ - إذا كان فسخ عقد التأجير التمويلى وإسترداد الشركة للأصل المملوك لها هو سبيلها إلى التنفيذ على الضمان ، إن جاز التعبير ، فإن الأمر مرده إلى ما يكون للأصل من قيمة سوقية وقت الإسترداد . إلا أن الإستئثار بالقيمة السوقية للأصل يفترض لكى يكون مؤثرا أن تتمكن شركة التأجير التمويلى من التصرف فيه بالبيع أو التأجير . وتشهد عمليات التأجير التمويلى للمنقولات كثيرا تدخل بائع المنقول فى

تمكين الشركة الممولة من تسويقه على اثر إستردادها له من المستفيد فى أعقاب فسخ عقد التأجير التمويلى .

أ) أهمية القيمة السوقية للأصل وقت الإسترداد :

٤٦٥ - رأينا ونحن بصدد الحديث عن خصائص التأجير التمويلى أن مدة العقد الوارد على منقولات مادية تقل قليلا عن عمر الأصل الإقتصادى وأن للإعتبارات الضريبية أثرها الجوهرى فى تحديد تلك المدة على هذا النحو . ويترتب على ذلك أن تكون للأصل قيمة محاسبية متبقية فى نهاية مدة العقد تقل عن قيمته السوقية . وتتراوح القيمة المتبقية فى مجال المعدات الإنتاجية بين ٥ ٪ و ١٠ ٪ من ثمن التملك الذى دفعته شركة التأجير التمويلى فى بادىء الأمر [١] . بل ان لإنخفاض القيمة المتبقية ، أى ثمن تملك المستفيد للمنقول ، عن قيمته السوقية وقت إنتهاء الإيجار هدفه فى حمل المستفيد على إعمال خيار التملك المقرر له .

وإذا كان للمنقول فى نهاية مدة الإيجار قيمة سوقية من الأهمية بحيث تحمل المستفيد على تملك المنقول ، مع التحفظ الواجب لمعدل الإضمحلال الإقتصادى الذى يتعرض له ، فمن باب أولى أن تكون لهذه القيمة السوقية أهميتها عند فسخ عقد التأجير التمويلى أى قبل مضى وقت طويل على العمر الإقتصادى للمنقول . وكلما أعملت شركة التأجير التمويلى الشرط الفاسخ الصريح الوارد بالعقد مبكرا ، أى بعد مدة قليلة من إبرامه وتنفيذه ، كلما كانت للمنقول قيمة سوقية تفيد شركة التأجير التمويلى من الإستئثار بها .

٤٦٦ - أما فى المواد العقارية من الملاحظ أن معدل إضمحلال المبانى بطىء جدا ، فضلا عن ثبات قيمة الأرض لعدم تعرضها للإضمحلال [٢] ، مما يترتب عليه

---

(١) DERRUPPE: Droit commercial, op. cit., p. 275. PACE: Pratique..., op. cit., p. B.9. CALAIS-AULOY, op. cit., No 111. BAKOUKA, op. cit., p. 119. GAUDRION, op. cit., p. 32.

(٢) SAUCEDO- POLO, op. cit., p. 16.

أن تكون للعقار قيمة سوقية بالغة فى أى وقت يكون عليه العقد . بل أنه بالنظر إلى قصر مدة عقود التأجير التمويلى العقارى بالمقارنة للعمر الإفتراضى ومدة إستهلاك المبانى تبقى للعقار قيمة سوقية بالغة الأهمية حتى فى نهاية مدة العقد .

ولقد أشار البعض بحق إلى أن عجز المستفيد عن مواجهة الأعباء المالية الناشئة عن العقد وبالتالى إسترداد الشركة الممولة للعقار على اثر فسخ العقد قد يسمح للشركة بتحقيق عوائد لم يكن فى مقدورها تحقيقها بفرض المضى فى تنفيذ العقد بصورة طبيعية ، شريطة أن تتمكن الشركة من تسويق العقار المسترد فى ظروف وبشروط ملائمة .[1] .

هذا وإن كنا لاندعى أن سياسة شركات التأجير التمويلى العقارى سوف تتجه نحو إختلاق عجز المستفيد عن مواجهة الأعباء المالية الناشئة عن العقد ، لما فى ذلك من مساس بسمعتها التجارية والإضرار بنشاطها على المدى المتوسط أو الطويل ، إلا أننا لاحظنا مدى العبء الملقى على عاتق المستفيد بسبب العديد من الأداءات التى يفرض عليه العقد القيام بها . وبالتالى يكون عجز المستفيد عن مواجهتها محتملا دون حاجة إلى إختلاقه [2] . ومن جهة أخرى رأينا ونحن بصدد الحديث عن ضوابط قبول التعاقد التى تتبناها شركات التأجير التمويلى أنها تشترط نوعا من النمطية فى العقارات التى تقبل تأجيرها تأجيرا تمويليا ووقوعها فى مناطق جغرافية يسهل معها التصرف فيها فى كل حالة لا تنتقل فيها ملكية العقار إلى المستفيد ببلوغ عقد التأجير التمويلى منتهاه . وهى بالتالى لا تجد صعوبات بالغة فى التصرف فى العقار .

٤٦٧ – لا تختلف إذن شركة التأجير التمويلى عند إستردادها للأصل المؤجر عن أى دائن مرتهن يكون قد إستأثر بالقيمة الإقتصادية للمال المرهون بموجب عقد

---

(١) BARBE, op. cit., p. 131.

(٢) ومع ذلك يثير الوضع المتقدم اشكالية دقيقة تتمثل فى دور التأجير التمويلى فى تركيز رأس المال من خلال القضاء على القدرات التنافسية للمشروعات صغيرة ومتوسطة الحجم . وهى اشكالية يجدر فى تقديرنا بحثها من الوجهة الاقتصادية ، خاصة إذا تم اقتراح نظام التأجير التمويلى فى اقتصاديات يغلب عليها تعثر المشروعات المشار إليها .

الرهن ويتقرر له الإستحواز على تلك القيمة عند التنفيذ عليه [1] . فلقد تحقق إستئثار الشركة بتلك القيمة من واقع تملكها للأصل وإحتفاظها بالملكية طوال مدة العقد . وعند فسخه تستحوز الشركة على تلك القيمة بصفة نهائية بإستردادها الأصل المؤجر . ونستخدم تعبير « بصفة نهائية » للدلالة على الدور الموقوت المنوط بالملكية والتزام شركة التأجير التمويلى إبتداء بنقل ملكية الأصل إلى المستفيد إذا ما رغب فى ذلك فى نهاية مدة العقد . وفى هذا الإطار تحل فكرة تسويق الأصل محل التنفيذ الجبرى عليه الذى يفرضه القانون على الدائن المرتهن لأحد أموال المدين [2] .

ويتسق ذلك وطبيعة نشاط شركات التأجير التمويلى التى لا تعدو أن تكون وسيطا ماليا . وتحتم طبيعة نشاطها تحويل رأس المال السلعى المتمثل فى ملكية الأصل إلى رأسمال نقدى تمهيدا لتوظيفه فى عقود جديدة . وبالتالى تمثل القيمة السوقية للأصل المسترد فى واقع الأمر الضمان الفعلى المقرر لشركة التأجير التمويلى ضد مخاطر اعسار المستفيد . ولذلك قيل بأن شركة التأجير التمويلى تواجه خطرا من نوع خاص يتمثل فى عجزها أو صعوبة تصرفها فى الأصل على اثر إسترداده من المستفيد فى أعقاب فسخ عقد التأجير التمويلى [3] . ويكون فى ذلك الدليل على ما قد يلحق شركة التأجير التمويلى من ضرر فى حالة فسخ العقد إذا ما صادفت صعوبات فى التصرف فيه بالبيع أو التأجير [4] .

---

(١) حول مفهوم القيمة الاقتصادية كمحل للتأمينات العينية انظر :
DERRUPPE: La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Librairie Dalloz, Paris, 1952, P. 209 No 123.

(٢) لاحظ مع ذلك مدى جواز القول بما يتضمنه عقد التأجير التمويلى من رهن مغلق ، قننه المشرع الفرنسى مع صدور قانون ١٩٦٦ . فى هذا المعنى :
PARLEANI, op. cit., p. 732 No 71. GIOVANOLI, op. cit., p. 381 No 476.

(٣) CABRILLAC, op. cit., No 87.

(٤) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 36. CAPORALE, op. cit., p. 292.

وبالرغم من أن مخاطر تسويق الأصل من العناصر الخارجة عن عقد التأجير المويلى إلا أنها تمثل المبرر الرئيسى لفرض التزام على عاتق المستفيد بدفع التعويض المقرر بالشرط الجزائى . وسوف نعود إلى ذلك فيما بعد .

٤٦٨ - ويتبين مما تقدم مدى أهمية إسترداد شركة التأجير التمويلى للأصل عند إعمالها الشرط الفاسخ الصريح الوارد بالعقد ، ويكفى فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات إستصدار أمر ولائى يقر بالفسخ ويلزم المستفيد برد الأصل إلى الشركة الممولة . ويجب على المستفيد رد الأصل بمجرد تلقيه الإعلان بالأمر الذى يجب تنفيذه دون تراخى . وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى وجوب توقيع عقوبة التبديد على المستفيد الذى يثبت عجزه عن رد المنقول بسبب الفسخ ، نظرا للطبيعة الإيجارية لعقد التأجير التمويلى وإعتباره بالتالى من عقود الأمانة [١] .

ولا يثير كل من فرض شراء العقار وفرض بنائه على أرض مملوكة لشركة التأجير التمويلى إشكالات خاصة ، ذلك أن المستفيد يلتزم فى حالة فسخ العقد برد العقار بما يشمله من أرض ومبان إلى الشركة الممولة .

أما فى فرض بناء العقار على أرض مملوكة للمستفيد يترتب على فسخ عقد التأجير التمويلى إسترداد الشركة للمبانى مع بقاء الأرض مملوكة للمستفيد ، وفى هذه الحالة سوف تسعى الشركة إلى التصرف فى المبانى بالبيع مع ضرورة قبول المشترى تملكه إياها مشيدة على أرض مملوكة للغير أى المستفيد [٢] . وقد تواجه الشركة بعض الصعوبات فى التصرف فى المبانى ، ولكن متى إستطاعت بيعها لا يعنيها بعد ذلك أمر العلاقة الناشئة بين المشترى والمستفيد بخصوص ملكية الأرض والمبانى المقامة عليها .

---

(١) Cassation criminelle, 12 novembre 1979, Bulletin Criminel, 1979, No 312.

(٢) ونذكر بإن المادة ق ٢٥١ - ٢ من اللائحة رقم ٧٨ - ٦٢١ بتاريخ ٣١ مارس ١٩٧٨ فى شأن الايجار البنائى تترك امر تنظيم العلاقة بين الطرفين حول ملكية المبانى للإرادات الخاصة . وهو ما يتم العمل به ايضاً فى شأن الإيجار الحكرى .

وإذا تم اللجوء إلى تأسيس الشركة المدنية العقارية رأينا من قبل أنه يترتب على فسخ عقد التأجير التمويلى إنقضاء الشركة لزوال الغرض . وفى الغالب تقوم شركة التأجير التمويلى بالتنفيذ على العقار بوصفها دائنا مرتهنا له فى علاقتها بالشركة المدنية العقارية . وفى كل الأحوال يجب إعمال الأحكام الإتفاقية فى شأن تصفية الشركة [1] ، ويمكن الإتفاق على أيلوية ملكية العقار إلى شركة التأجير التمويلى فى حالة إنقضائها لزوال الغرض قبل إنقضاء المدة المحددة للعقد .

ب) مساهمة بائع المنقول فى التصرف فيه :

٤٦٩ - يوفر تدخل شركة التأجير التمويلى بالوساطة المالية بعض المزايا لبائع المنقول ، ذلك أن إضافة سبيل جديد من سبل تمويل الإستثمارات يزيد من فرص بائعى المعدات الإنتاجية وأدوات العمل فى تسويق منتجاتهم [2] . ومن خلال تدخل الشركة يتفادى البائع منح الإئتمان إلى المستفيد من خلال البيع بالتقسيط إذ يحصل من الشركة على كامل ثمن المنقول بمجرد إبرام عقد البيع وتسليم المنقول إلى المستفيد [3] . وهو بذلك يتعامل مع شخص لا يثور الشك حول يساره ويتفادى مخاطر اعسار المستفيد التى تتحملها عنه فى واقع الأمر شركة التأجير التمويلى [4] .

ونظرا للإرتباط الوثيق بين مصالح بائع المنقول وتدخل شركة التأجير التمويلى نشأت بينهما روابط عمل تتجلى فى إقتراح البائع على المستفيد فى الكثير من الأحوال اللجوء إلى شركة التأجير التمويلى لتمويل شراء المنقول . ويشهد العمل إبرام العديد من الإتفاقات بين شركة التأجير التمويلى وبائع المنقول تستهدف مساهمة هذا

---

(١) LAGARDE: Sociétés civiles, op. cit., No 146 et s.

(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 80. CNCF, op. cit., p. 4. BRANDELA, op. cit., p. 58. CAUSSIN, op. cit., p. 29.

(٣) PACE: Pratique..., op. cit., p. L. 6.

(٤) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 19.

الأخير فى التصرف فى المنقول عند إسترداد الشركـة له فى أعقاب فسخ عقد التأجير التمويلى ، ويكون فى ذلك تخفيف من حدة المخاطر التى تتعرض لها الشركة عند تسويق المعدة ، يبرره قبول شركات التأجير التمويلى تحمل مخاطر الإئتمان بدلا من بائعى المعدات الإنتاجية وأدوات العمل (١) .

ولا نجد أثرا لمثل هذه الإتفاقات فى عقود التأجير التمويلى فى فرنسا ، وبالتالى لا تعد مساهمة البائع فى التصرف فى المنقول شرطا يعلق عليه قبول التعاقد مع المستفيد (٢) . وتكثر هذه الإتفاقات كما ذكرنا فى مجال التأجير التمويلى للمنقولات، وإن وجدت لها بعض التطبيقات النادرة فى حالات شراء العقارات من أجل تأجيرها تأجيرا تمويليا (٣) . ولذلك نقصر حديثنا على مساهمة بائع المنقول فى التصرف فيه .

٤٧٠ - ويكون الهدف من مساهمة بائع المنقول فى التصرف فيه تمكين شركة التأجير التمويلى من بيع المنقول أو تأجيره بأفضل شروط ممكنة عند إستردادها اياه من المستفيد فى أعقاب فسخ عقد التأجير التمويلى (٤) . ويعد فسخ العقد شرطا جوهريا لتنفيذ البائع ما تعهد به تجاه الشركة الممولة (٥) ، وبالتالى لا يكون البائع ملزما بالتدخل والمساهمة فى التصرف فى المنقول إذا إستردته الشركة فى نهاية مدة العقد دون أن يعمل المستفيد خيار التملك المقرر له .

---

(١) BEY et GAVALDA, op. cit., p. 79. BRANDELA, op. cit., p. 31.

(٢) وذلك على خلاف الوضع فى بعض الدول الأوروبية . ففى هولاندة مثلاً تسعى شركات التأجير التمويلى بصفة اعتيادية إلى ضمان مساهمة بائعى المنقولات المؤجرة فى التصرف فى المنقول الذى تسترده على اثر فسخ عقد التأجير التمويلى . وإذ يخوض المستفيد المفاوضات على الشراء مع البائع كثيراً ما يكون ابرام عقد التأجير التمويلى معلقاً على شرط قبول البائع مثل هذه المساهمة . انظر فى ذلك :
GAUDRION, op. cit., p. 164.

(٣) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 82.

(٤) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 115.

(٥) CAPORALE, op. cit., p. 364.

وطبقا لما يجرى عليه العمل فى فرنسا تأخذ مساهمة البائع فى التصرف فى المنقول إحدى صورتين : إما التعهد بالتعاون مع الشركة فى البحث عن مشتر أو مستأجر للمنقول فيما يعرف بالوعد بالتعاون Promesse de concours ، وإما التعهد بإسترداد المنقول لحسابه الخاص فيما يعرف بالتعهد بالإسترداد Engagement de reprise .

١ - الوعد بالتعاون :

٤٧٠ - بمقتضى الوعد بالتعاون يتعهد بائع المنقول تجاه شركة التأجير التمويلى بوضع خبراته وإمكاناته الفنية والتجارية تحت تصرفها فى سبيل البحث عن مشتر أو مستأجر للمنقول بالشروط الملائمة لها [١] .

ولا شك فى أهمية مساهمة البائع على هذا النحو بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى . فهى بوصفها وسيطا ماليا لا تتوافر لها الخبرات والإمكانات اللازمة لتسويق المنقول . وهى لا ترى الجدوى من توفر جهاز خاص للتسويق لديها نظرا لما يتطلبه ذلك من نفقات من جانب ، ولندرة إحتياجها إلى التصرف فى المنقول من جانب آخر . فالغالب أن يعمل المستفيد خيار التملك المقرر له . وإذا تقرر له حق طلب فسخ العقد قبل إنتهاء مدته يكون فى بعض الفروض ملزما بتقديم مشتر أو مستأجر للمنقول . وفى الفروض الأخرى يكون ملزما بدفع تعويض لا يجعل أمر التصرف فى المنقول المسترد ملحا بالنسبة إلى الشركة الممولة .

٤٧١ - ويجب على البائع بذل عناية الرجل المعتاد فى تنفيذه الوعد بالتعاون . فهو لا يتدخل بأى حال من الأحوال بنية التبرع وإنما يقرر له إتفاقه مع شركة التأجير التمويلى أجرا نظير الخدمات التى يقدمها لها .

واذ لا تضمن شركة التأجير التمويلى بيع المنقول أو تأجيره بالرغم من العناية

---

(١) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 113. CAPORALE, op. cit., p. 362.

التى يبذلها البائع ، يتم الإتفاق عادة على عدم إستحقاق البائع أجره إلا إذا تم بيع المنقول أو تأجيره بالفعل . وينقلب التزام البائع فى مثل هذه الحالة من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة . وحيث أن البائع لا يضمن فى جميع الأحوال تنفيذ عقد البيع أو الإيجار يقترب مركزه القانونى من مركز السمسار[1] .

وكثيرا ما يتم تحديد أجر البائع على ضوء ثمن البيع أو أجرة المنقول الإجمالية عند التصرف فيه ، ويكون ذلك إتفاقا على إقتسام ما ينتج عن البيع أو الإيجار من ربح بنسبة يتم الإتفاق عليها . وفى مثل هذه الحالة يكون إستحقاق البائع للأجر معلقا على شرطين : يتمثل الأول فى إبرام عقد البيع أوعقد الإيجار ، بينما يتمثل الثانى فى تحقيق الربح من خلال البيع أو الإيجار . وتأخذ شركة التأجير التمويلى فى الإعتبار عند حساب الربح ما لم يتم إهلاكه من رأسمالها بواسطة أقساط التأجير التمويلى بسبب فسخ العقد .

٢ - التعهد بالإسترداد :

٤٧٢ - لا يمثل الوعد بالتعاون ضمانا مؤكدا لشركة التأجير التمويلى بالتصرف فى المنقول ، خاصة فى حالة رفض البائع تحمل تبعة عدم إبرام عقد البيع أو

---

(١) يمكن تعريف السمسرة بأنها التقريب بين شخصين يريدان ابرام عقد من العقود . وتتمثل مهمة السمسار فى البحث عن متعاقد للعميل الذى كلفه بالأمر أو خوض المفاوضات اللازمة لابرام العقد فى سبيل التوفيق بين مصالحهما المتناقضة . انظر :

RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome II, p. 592 No 2679.

ولا يتدخل السمسار لا فى ابرام العقد ولا فى تنفيذه ، وبالتالى لا يكون مسئولاً عن تنفيذ ذلك العقد . وانما لا يستحق اجره الا إذا تم ابرام العقد وبغض النظر عما إذا تم تنفيذه على الوجه الذى ينشده العميل . لكن طريقة تقدير الاجر غير ذى أهمية فى هذا المجال ، فقد تتمثل فى مبلغ جزافى ثابت أو فى نسبة محددة من قيمة الصفقة التى يتوسط السمسار فى عقدها .

ولذلك يقترب مركز بائع المنقول من مركز السمسار إذا كان استحقاق اجره متوقفاً على ابرام العقد الذى لا يبرم الا بين شركة التأجير التمويلى وبين المشترى أو المستأجر بحسب الأحوال . لكن مركزه يبتعد عن مركز السمسار إذا كان اجره مستحقاً لما بذله من عناية بغض النظر عن ابرام عقد البيع أو عقد الايجار . وتعد الخدمة التى يقدمها للشركة وساطة من نوع خاص تتقرر لتأمين الشركة من مخاطر تعد هى الأخرى من نوع خاص .

عقد الإيجار مع ما يكون قد بذله من جهد ونفقات فى سبيل البحث عن متعاقد مع الشركة الممولة .

لذلك تميل شركات التأجير التمويلى إلى الحصول على تعهد البائع بإسترداد المنقول لحسابه الخاص إذا ما تم فسخ عقد التأجير التمويلى . وعلى ضوء ما يجرى عليه العمل إما أن يكون تعهد البائع بإسترداد المنقول على سبيل التمليك فيما يعرف بالتعهد بالإسترداد البات Engagement de reprise ferme وإما أن يتعهد بإسترداد المنقول على سبيل الإيجار Engagement de reprise en location [(١)] .

(أ) التعهد بالإسترداد البـات :

٤٧٣ - يكون تعهد بائع المنقول باتا إذا كان ملتزما بإسترداد المنقول على اثر فسخ عقد التأجر التمويلى على سبيل التمليك . وفى هذه الحالة تتخلص شركة التأجير التمويلى نهائيا من مخاطر تسويق المنقول .

وفى هذه الحالة يتحدد الثمن الذى يتعهد البائع بدفعه إلى الشركة بمقتضى معادلة مالية تأخذ فى الإعتبار ثمن التملك الذى دفعته الشركة إبتداء إلى البائع وما تم سداده من أقساط التأجير التمويلى إلى أن تقرر فسخ العقد . ويتضح من ذلك أن الثمن لا يتحدد مطلقا على أساس قيمة المنقول السوقية وقت الفسخ [(٢)] .

ويبدو جليا من الكيفية التى يتحدد بها الثمن الطابع المميز لتعهد البائع بالإسترداد على سبيل التمليك كضمان للمخاطر التى تتعرض لها شركة التأجير التمويلى فى حالة فسخ العقد . ذلك أنه يترتب على الفسخ إنقطاع التزام المستفيد بدفع أقساط الأجرة التى تسمح بإهلاك رأسمال الشركة وتحقيق عوائده والربح المقرر لها . وتتوقع الشركة تغطية القيمة السوقية للمنقول إذا ما تمكنت من التصرف فيه ، بل قد يكون التصرف مصدرا لمزيد من الدخل إذا تجاوز ثمن المنقول أو أجرته الأضرار المالية التى تلحق بها . أما وقد تدخل البائع بتعهده بإسترداد المنقول على نحو بات لم

---

(١) BEY: De symbiotique..., op. cit., p. 113.

(٢) BEY: De la publicité..., op. cit., p. 42.

تعد الشركة تواجه مخاطر تسويق المنقول ، ولا بأس إذن من تكليف البائع بدفع ما يغطى أضرار الشركة دون تجاوز . وهو ما يهدف إليه الطرفان من خلال تحديد الثمن بالمعادلة المالية المشار إليها .

وتتأكد شركة التأجير التمويلى بذلك من تعويضها عن الأضرار التى تلحقها بسبب الفسخ فى الفروض التى لا تسمح فيها القيمة السوقية بتغطيتها . ويكون ذلك على وجه الخصوص إذا صادف المنقول معدل حاد للإضمحلال الإقتصادى .

٤٧٤ – وعادة ما يقترن تعهد البائع بالإسترداد البات بعقد البيع الذى يبرم بينه وبين شركة التأجير التمويلى تمهيدا لتأجير المنقول إلى المستفيد . ويثور التساؤل حول الطبيعة القانونية للإسترداد . وقد يبدو للوهلة الأولى أن عقد البيع أبرم معلقا على شرط فاسخ يتمثل فى فسخ عقد التأجير التمويلى ، أو أن الإسترداد البات يجعل من البيع بيع وفاء . ومع ذلك ليس فى مقصود الطرفين زوال عقد البيع بأثر رجعى ، ثم أن ثمن الإسترداد يختلف عن ثمن بيع المنقول الأصلى وإن إتخذ منه أساسا لتحديد ثمن الإسترداد . ومن جانب آخر لا يحدد عقد البيع المدة التى يجوز للبائع خلاله إعمال الشرط الوفائى ، فضلا عن نشوء التزام على عاتق البائع بالإسترداد وهو ما يتنافى ومفهوم الشرط الوفائى الذى يقرر للبائع حق إسترداد المبيع خلال مدة معينة (١) .

ويلاحظ أن شركة التأجير التمويلى تستطيع الإمتناع عن تنفيذ التعهد بالإسترداد البات ، فهو حق مقرر لها تستطيع إعماله أو النزول عنه . وبالرغم من ندرة لجوء الشركة إلى ذلك إلا أنها تحتاط للفروض التى تجد فيها مشتريا للمنقول بشروط أفضل من تلك التى يقررها إتفاقها مع البائع على الإسترداد . ويتنافى هذا الحق المقرر للشركة الممولة مع إعتبار عقد البيع معلقا على محض فسخ عقد التأجير التمويلى أو القول بتضمين البيع شرط وفائى يخول البائع حق إسترداد المنقول .

ونميل إلى إعتبار تعهد البائع بالإسترداد البات إتفاقا متميزا عن عقد البيع المبرم

---

(١) MALAURIE: Vente (Eléments Constitutifs), Encyclopédie Dalloz Civil, VII, No 856 et s.

بينه وبين شركة التأجير التمويلى ، وتكييفه بأنه وعد منفرد بالشراء وبمقتضى الوعد يتعهد البائع بشراء المنقول إذا أعلنت شركة التأجير التمويلى رغبتها فى ذلك . وبعبارة أخرى لا يترتب على مجرد فسخ عقد التأجير التمويلى إنتقال ملكية المنقول من الشركة إلى البائع وإنما يجب عليها إعلان البائع رغبتها فى تنفيذ الوعد . إلا أن التزام البائع الناشىء عن الوعد بالشراء يكون معلقا على شرط فسخ عقد التأجير التمويلى ، وهو بهذا المفهوم شرط واقف . ولا يحق للشركة الممولة بالتالى مطالبة البائع بتنفيذ الوعد إلا فى حالات فسخ عقد التأجبر التمويلى . ولقد رأينا من القبل أن فسخ هذا العقد يتقرر بإعمال شركة التأجير التمويلى الشرط الفاسخ الصريح الوارد به ، مما يضفى على الشرط الواقف الذى يعلق عليه التزام البائع الناشىء عن الوعد بالشراء الطابع الإرادى . وهو فى تقديرنا شرط إرادى بسيط لأن إعمال الشركة للشرط الفاسخ الصريح تقيده ظروف وملابسات خاصة خارجة عن إرادتها ، إذ لا يجوز لها إعمال هذا الشرط إلا فى حالات إخلال المستفيد بالتزاماته العقدية أو تحقيق واقعة موجبة للفسخ لتفاقم مخاطر اعسار المستفيد . وفى كل الأحوال سواء إعتبرنا الشرط الواقف شرطا إراديا بسيطا أو شرطا إراديا محضا يكون الشرط صحيحا لأنه يتعلق بإرادة الدائن أى شركة التأجير التمويلى وليس بإرادة المدين [١] .

٤٧٥ - ونشير أخيرا إلى ما يثيره التعهد بالإسترداد البات من إشكالات فى حالة التزام الكفيل بدفع التعويض عن الفسخ المقرر لشركة التأجير التمويلى . ولقد رأينا من قبل ما يتجه إليه القضاء الفرنسى من مد نطاق الكفالة إلى الإلتزام بدفع التعويض عن الفسخ ولو لم ينص صراحة على ذلك فى عقد الكفالة .

ومن المقرر طبقا للقواعد العامة حلول الكفيل الذى يوفى بالدين إلى الدائن محل هذا الأخير فى حقوقه . وإذا تعذر الحلول بفعل الدائن سقط عن الكفيل التزامه

---

(١) حول مفهوم الشرط الادارى المحض ، وحكم صحته أو بطلانه ، وتمييزه عن الشرط الإرادى البسيط، انظـــــر :

CARBONNIER: Droit civil, op. cit., Tome 4, p. 245.

بدفع الدين المكفول [١] . ويترتب على ذلك فى مجال التأجير التمويلى حلول الكفيل محل الشركة فى علاقتها ببائع المنقول الناشئة عن تعهد هذا الأخير بالإسترداد البات ، وذلك على أساس أن التعهد يعد فى واقع الأمر أحد الضمانات المقررة للشركة الممولة لإستيفاء حقوقها المالية الناشئة عن عقد التأجير التمويلى . ولقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه فى حالة إعذار الشركة الكفيل بدفع التعويض عن الفسخ ، وتصرفها فى المنقول قبل قيام الكفيل بالدفع ، يزول عن عاتق هذا الأخير الإلتزام المتقدم [٢] . ويترتب على ذلك أنه يتعين على شركة التأجير التمويلى إخطار الكفيل برغبتها فى تنفيذ التعهد بالإسترداد البات حتى يمكن للكفيل المعارضة فى قيام البائع بدفع الثمن إلى الشركة الممولة [٣] .

ونستشف من حكم المحكمة العليا رفضها جمع شركة التأجير التمويلى بين التعويض وثمن الإسترداد فى الحالة التى يلتزم فيها الكفيل بدفع التعويض . وهو مذهب يتسم بالعدالة إذا أخذنا فى الإعتبار أن قبض الشركة لأيهما يكون كافيا فى ذاته لتغطية الأضرار التى تلحقها بسبب فسخ عقد التأجير التمويلى . وبعبارة أخرى وجدت المحكمة العليا فى كل من التزام الكفيل بدفع التعويض عن الفسخ وتعهد البائع بالإسترداد ضمانتين ضد خطر واحد ، لا يجوز للشركة بالتالى الجمع بينهما ، وعلى وجه الخصوص إذا كان يتم ذلك على حساب مصلحة الكفيل وقد تحمل عن الشركة اعسار المستفيد وعجزه عن دفع التعويض عن الفسخ .

ومع ذلك عدلت المحكمة العليا عن موقفها المتقدم عندما عرض أمامها الفرض العكسى ، وكانت وقائع الدعوى تشير إلى قيام الكفيل بدفع التعويض عن الفسخ بالفعل ومطالبة بائع المنقول بتنفيذ تعهده بالإسترداد لمصلحته لا لمصلحة شركة التأجير

---

(١) المادة ٢٠٣٧ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) Cassation Commerciale, 24 février 1979, Dalloz 1980, IR 52, observations VASSEUR.

(٣) VASSEUR, observations précitées.

التمويلى . وقضت المحكمة برفض رجوع الكفيل على البائع إستنادا إلى أن هذا الأخير لم يتعهد بالإسترداد إلا تجاه شركة التأجير التمويلى دون غيرها ، ثم أن الحلول الذى يترتب على قيام الكفيل بالوفاء لا ينتج أثره إلا فى مواجهة المدين وحده أى المستفيد [١] .

وقيل فى إنتقاد هذا الحكم أن محكمه النقض أساءت فهم المقصود بأن الحلول ينتج أثره فى مواجهة المدين . والصحيح أن الموفى يحل محل الدائن فى جميع حقوقه المقررة له فى مواجهة المدين بكل ملحقاتها ، وعلى وجه الخصوص الضمانات المقررة لتلك الحقوق . ولا يعدو تعهد البائع بالإسترداد إلا أن يكون ضمانا لحقوق شركة التأجير التمويلى ، وليس ثمة ما يمنع بالتالى من إنتقاله إلى الكفيل ما لم يكون التعهد مصطبغا بالإعتبار الشخصى . وهو لا يجوز لأحد إفتراضه مما يترتب عليه القول بجواز رجوع الكفيل على بائع المنقول ما لم يتفق صراحة على عدم جواز تنفيذ التعهد بالإسترداد لغير شخص شركة التأجير التمويلى [٢] .

ويترتب على ما إتجهت إليه محكمه النقض الفرنسية أنه يمكن لشركة التأجير التمويلى الجمع بين التعويض الذى تقبضه من الكفيل وثمن الإسترداد الذى يوفى به بائع المنقول . وإذا قيل بأن الشركة قد لا تلزم البائع بتنفيذ الوعد بالشراء نظرا لقبضها التعويض عن الفسخ بتحلل البائع من التزامه بصفة مطلقة نظرا لرفض المحكمة العليا رجوع الكفيل عليه . ولكن فى حقيقة الأمر لا نرى مبرار لعزوف الشركة الممولة عن طلب تنفيذ الوعد بالشراء بإعتباره سبيلا مأمونا للتخلص من ملكية المنقول بشروط ملائمة وإستثارها بثمن الإسترداد بالإضافة إلى التعويض عن الفسخ .

وهناك تساؤل يفرض نفسه فى هذا الصدد : إذا كانت محكمة النقض الفرنسية لم تعبأ بمصالح الكفيل عند إجازتها جمع شركة التأجير التمويلى بين مختلف هذه

---

(١) Cassation commerciale, 25 avril 1983, Dalloz 1984, jurisprudence 416, note DELEBECQUE.

(٢) DELEBECQUE, note précitée.

المزايا ، هل من المتوقع أن يأتى موقفها على نحو مغاير عندما يتعلق الأمر بمصالح المستفيد ذاته ؟ هذا ما سوف نعرض له عند بحث أحكام الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى .

(ب) التعهد بالإسترداد على سبيل الإيجار :

٤٧٦ - يتم الإتفاق أحيانا بين شركة التأجير التمويلى والبائع على أن يسترد هذا الأخير المنقول على سبيل الإيجار فى حالة فسخ عقد التأجير التمويلى . ويتعهد البائع بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه طبقا للشروط والأوضاع المقررة فى العلاقة بين الشركة الممولة والمستفيد . وبالتالى تتحدد حقوق والتزامات البائع بتلك التى كان يقررها عقد التأجير التمويلى أصلا للمستفيد [١] .

ويترتب على ذلك التزام البائع بالمضى فى دفع أقساط التأجير التمويلى ، ويقع على عاتقه إحترام الواجبات التى كان يفرضها العقد على المستفيد من حيث إستعمال المنقول وصيانته والتأمين عليه وسائر الإلتزامات الأخرى التى سبق لنا تحليلها . وفى مقابل ذلك يكون للبائع الإنتفاع بالمنقول طوال المدة المتبقية لعقد التأجير التمويلى عند فسخه كما يتمتع بالخيار الثلاثى فى نهاية هذه المدة طبقا للشروط التى يقضى بها العقد .

ويتضح مما تقدم أن شركة التأجير التمويلى تضمن المضى فى تنفيذ العقد بالرغم من فسخه ، وذلك من خلال البائع بدلا من المستفيد . لكن المضى فى تنفيذ العقد لا يحول دون إعتباره مفسوخا فى مواجهة المستفيد ، مما يترتب عليه نشوء التزام المستفيد بدفع التعويض عن الفسخ . وبذلك تجمع الشركة بين المضى فى تنفيذ العقد من خلال البائع والحصول على التعويض عن الفسخ من المستفيد أو من تدخل بكفالتـــه [٢] .

---

(١) CAPORALE, op. cit., p. 363.

(٢) لم يتعرض القضاء الفرنسى لحالة قيام الكفيل بدفع التعويض عن الفسخ وحلوله محل شركة التأجير التمويلى فى حقوقها تجاه البائع الذى تعهد باسترداد المنقول على سبيل الايجار . ولا شك ان تدخل البائع فى هذا الفرض لا يختلف فى جوهره عن تدخله بالاسترداد البات ، ويمكن معه اعتباره صورة خاصة لتأمين الشركة الممولة من مخاطر فسخ عقد التأجير التمويلى . ومن هذا المنطلق لا نستبعد =

٤٧٧ - ويثير إسترداد البائع للمنقول على سبيل الإيجار بعض الإشكالات ، أهمها نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى فى مواجهة دائنى البائع وخلفه الخاص الذى يتلقى منه ملكية المنقول بعوض . وبعبارة أخرى هل يتعين على شركة التأجير التمويلى إشهار إتفاقها مع البائع تطبيقا لأحكام لائحة ٤ يوليو ١٩٧٢ لكى يصير حق الملكية نافذا فى مواجهة الأشخاص المذكورين ؟

إن مرد الأمر إلى تكييف تعهد البائع بإسترداد المنقول على سبيل الإيجار وأثره على الإبقاء على عقد التأجير التمويلى قائما . فإن قيل بالتزام البائع بتنفيذ عقد التأجير التمويلى المبرم أصلا مع المستفيد فلا حاجة بشركة التأجير التمويلى إلى إشهار إتفاقه مع البائع إكتفاء بشهر عقد التأجير التمويلى . أما إذا قيل بأن إتفاق الشركة مع البائع يتميز عن عقد التأجير التمويلى الأصلى ويستقل عنه فإنه يجب فى هذه الحالة بحث مدى إمكانية إعتبار هذا الإتفاق من قبيل التأجير التمويلى فى مفهوم قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ والقول بالتالى بوجوب شهره طبقا لأحكام لائحة ٤ يوليو ١٩٧٢ .

٤٧٨- وإذا كان الهدف الجوهرى من وراء تعهد البائع بالإسترداد يتمثل فى إستيفاء أقساط الأجرة يثور التساؤل حول مدى إمكانية تكييف التعهد بأنه تجديد للإلتزام بتغيير شخصى المدين ، وهو ما لا يقتضى رضاء المستفيد . وفى هذه الحالة يبقى عقد التأجير التمويلى قائما مع تجديد الإلتزام بدفع الأجرة بتغيير شخص المدين ، ولا حاجة بالشركة الممولة إلى شهر إتفاقها مع البائع إكتفاء بشهر العقد .

إلا أن تعهد البائع بالإسترداد لا يقتصر على مجرد التزامه بدفع الأجرة وإنما يلقى على عاتقه الوفاء بجميع الإلتزامات الأخرى الناشئة عن العقد ، فضلا عن تمتعه بالحقوق التى كان يقررها للمستفيد . وإن قيل بصدد تلك الحقوق بتجديد التزامات شركة التأجير التمويلى بتغيير الدائن لا يتحقق التجديد ، طبقا للقواعد

= اتخاذ محكمة النقض الفرنسية الموقف ذاته التى اتخذته من رفض رجوع الكفيل على البائع الذى تعهد باسترداد المنقول على سبيل التمليك . بل ان الآلية التى يتحقق بها تعهد الكفيل بالاسترداد على سبيل الايجار قد تملى على المحكمة العليا تأكيد موقفها المتقدم .

العامـة ، إلا بإتفاق الأطراف الثلاثة . ويعنى ذلك وجوب توافر رضاء المستفيد بالتجديد وهو ما لا يكون فى حالة إسترداد البائع المنقول على سبيل الإيجار [١] .

ويضاف إلى ذلك أن التجديد لا يفترض [٢] ، وبالتالى لا يمكن للإتفاق ترتيبه ما لم تتجه نية الأطراف إلى التجديد [٣] . ويترتب على التجديد إنقضاء الإلتزام الأصلى، وهنا يكمن الفساد القاطع لفكرة التجديد : فقد لاحظ البعض أن إسترداد البائع للمنقول لا يؤدى إلى إنقضاء بعض الإلتزامات التى تشغل كاهل المستفيد ، مثل الإلتزام بدفع أقساط الأجرة التى إستحقت قبل العقد والإلتزام برد المنقول والإلتزام بدفع التعويض عن الفسخ [٤] . لكن هذه الإلتزامات ترتبت على عاتق المستفيد بسبب فسخ عقد التأجير التمويلى دون أن يكون للفسخ أثر رجعى . وبعبارة أخرى لا شك فى إنقضاء الرابطة الأصلية ، أى تلك التى نشأت بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، بفسخ عقد التأجير التمويلى [٥] . وبالتالى لا يترتب إنقضاء الرابطة على تنفيذ البائع لتعهده بإسترداد المنقول على سبيل الإيجار بل أنه هذه الواقعة تكون سابقة على ذلك ولا يترتب إذن أهم آثار التجديد أى إنقضاء الرابطة الأصلية . بل أنه على ضوء إتفاق شركة التأجير التمويلى والبائع لا يلتزم هذا الأخير بالإسترداد إلا إذا تم فسخ عقد التأجير التمويلى فى مواجهة المستفيد . ولا يمكن فى آن واحد إعتبار الفسخ شرطا للإسترداد وإعتباره أثرا من آثاره .

---

(١) وإذا فرضنا جدلاً ان النظام القانونى كان يعرف فكرة تجديد العقد بما يرتبه من حقوق والتزامات بتغيير شخص المتعاقد لا يمكن تصور ذلك دون رضاء المتعاقد اعمالاً للقوة الملزمة للعقد وما يترتب على ذلك من عدم جواز انهائه أو تعديله دون اجماع المتعاقدين . وغياب عنصر رضاء المستفيد هو الذى يحول ايضاً دون اعتبار التعهد بالاسترداد حوالة لعقد التأجير التمويلى فى صورة تنازل عن الايجار ، اذ يكون المتنازل فى هذا الفرض هو المستفيد .

(٢) المادة ١٢٧٣ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) Cassation civile, 2° chambre, 25 février 1976, JCP 1976 IV 136.

(٤) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 113.

(٥) BEY: De la publicité..., op. cit., p. 43. CAPORALE, op. cit., p. 363.

ونخلص من ذلك أن تعهد البائع بالإسترداد يعد إتفاقا مستقلا ومتميزا عن عقد التأجير التمويلى الأصلى الذى تم إبرامه بين الشركة الممولة والمستفيد .

٤٧٩ - ويبقى بعد ذلك بحث مدى إمكانية إعتبار إتفاق البائع مع شركة التأجير التمويلى من قبيل العقود الخاضعة لأحكام قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ . ولقد ذهب رأى فى الفقه إلى إعتبار تعهد البائع بالإسترداد عقدا للتأجير التمويلى نظرا لإتحاد المضمون الإتفاقى لهذين العقدين [١] . إلا أننا نرى فى هذا الإتفاق غياب عنصر من عناصر تكييف عقد التأجير التمويلى فى مفهوم قانون ١٩٦٦ ألا وهو شراء المنقول من أجل تأجيره . كذلك لا تعبر علاقة شركة التأجير التمويلى والبائع عن خدمة تمويلية أو إئتمانية تقدمها الشركة إلى البائع [٢] . بل ان هذا الأخير لم يتدخل إلا لتوفير الأمان اللازم للشركة ضد مخاطر فسخ عقد التأجير التمويلى .

ويترتب على ذلك أن تعهد البائع بإسترداد المنقول على سبيل الإيجار لا يعد عقد تأجير تمويلى فى مفهوم قانون ١٩٦٦ ، وبالتالى لا يقع على عاتق شركة التأجير التمويلى التزام قانونى بشهر إتفاقها مع البائع . ويبقى نفاذ حق ملكيتها للمنقول خاضعا للقواعد العامة .

٤٨٠ - ويتضح مما تقدم أن فسخ عقد التأجير التمويلى وما يترتب عليه من إسترداد الشركة الممولة للأصل يمثل الآلية القانونية التى يلعب بها حق ملكة الأصل دوره كضمان ضد مخاطر اعسار المستفيد . لكن شركة التأجير التمويلى تهدف من وراء ذلك إلى إستحوازها على القيمة الإقتصادية أو القيمة السوقية للأصل ، ولا تختلف فى ذلك عن كل دائن تقرر له تأمين عينى على مال من أموال مدينه [٣] . ويترتب على ذلك أن شركة التأجير التمويلى تبغى إستيفاء كامل حقوقها المالية الناشئة عن عقد التأجير التمويلى من خلال تصرفها فى الأصل بالبيع أو التأجير . وبعبارة

---

(١) CAPORALE, op. cit., p. 363.

(٢) BEY: De la publicité..., op. cit., p. 43.

(٣) DERRUPPE: La nature juridique..., op. cit., p. 209 No 183.

أخرى يكون التنفيذ على الضمان فى صورة تسويق الأصل ، بقصد إستيفاء الحقوق المالية المشار إليها ، لا بقصد تعويضها عن الأضرار التى تلحقها من جراء فسخ عقد التأجير التمويلى . وإزاء تعرضها لمخاطر السوق فإنها تجد فى مساهمة البائع ما يعينها على مواجهة هذه المخاطر .

ومن عجب الأمور أن النظام القانونى يقابل دائما بين التنفيذ العينى للعقد وفسخه ، ولا يسمح للمتعاقد بالجمع بين الأمرين [١] . وإذا كان الإلتزام الرئيسى الذى يشغل ذمة المتعاقد الآخر التزاما بدفع مبلغ من النقود يكون التنفيذ العينى ممكنا دائما ، طوعا أو جبرا ، ويكون جبرا بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه وإستقصاء الدين نقداً من الثمن [٢] . ولكن فى مجال التأجير التمويلى يصير فسخ العقد سبيل الشركة الممولة فى التنفيذ العينى جبرا عن المستفيد عن طريق إستحوازها على القيمة السوقية للأصل الذى تسترده .

تلك هى حقيقة التأجير التمويلى . مع ذلك لا يمكن القول ، على ضوء الأصول الفنية للقانون ، أن الشركة الممولة تجمع بين الفسخ والتنفيذ العينى . فالعقد عقد إيجار تستحق عنه الشركة الأجرة مقابل تمكين المستفيد من الإنتفاع بالأصل المؤجر . وإذا تم فسخ العقد يترتب على ذلك منطقا إسترداد الشركة للأصل المملوك لها . وتستطيع فوق ذلك مطالبة المستفيد بتعويضها عن الأضرار التى تلحقها بسبب فسخ العقد .

ثانيا : التزام المستفيد بدفع التعويض عن الفسخ :

٤٨١ – منذ فجر التأجير التمويلى فى فرنسا تراجه جميع عقود التأجير التمويلى ، سواء تلك الواردة على منقولات أو تلك الواردة على عقارات ، إحتمال فسخ العقد وذلك عن طريق الزام المستفيد بدفع تعويض عن الفسخ يتحدد قدره بشرط

---

(١) المادة ١١٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) الدكتور عبد الرازق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، سابق الاشارة إليه ، الجزء الثانى ، ص ٧٧٦ بند ٤٢١ .

جزائى صريح يتضمنه العقد . ويرد الشرط الجزائى ضمن الشروط العامة المطبوعة لعقود التأجير التمويلى مما يدل على نمطية هذا الشرط وروده دائما فى تلك العقود .

ولم يثر تنفيذ عقد التأجير التمويلى من المنازعات بقدر ما أثاره إعمال شركة التأجير التمويلى للشرط الجزائى . ويتصدر الشرط الجزائى إلى جانب إشكالات ضمان العيوب الخفية قائمة المنازعات التى يثيرها عقد التأجيرالتمويلى أمام القضاء الفرنسى .

وجدير بالإشارة إلى أن ممارسات شركات التأجير التمويلى فى شأن التعويض عن الفسخ نشأت فى وقت كان يعمل فى فرنسا بمبدأ عدم جواز نقض الشرط الجزائى [(١)] ، ومؤداه إستحقاق الدائن التعويض المتفق عليه بغض النظر عما إذا كان قد لحقه ضرر بسبب عدم تنفيذ التزام المدين ودون أن يكون للقاضى تعديل قدر التعويض الإتفاقى سواء بالزيادة أو النقصان[(٢)] . وفى عام ١٩٧٥ تدخل المشرع الفرنسى وأجاز للقاضى التدخل بتعديل الشرط الجزائى [(٣)] . وقيل فى هذا الصدد أن المشرع قصد بذلك مواجهة الممارسات البغيضة لعقود التأجير التمويلى وعقود تأجير المعدات Renting وعقود البيع بالتقسيط على وجه الخصوص [(٤)] . ولئن أدى التعديل التشريعى إلى التخفيف من الشروط الجزائية التى تتضمنها عقود التأجير التمويلى ومع ذلك يثور التساؤل حول أثره الفعلى فى حماية مصالح المستفيد المشروعة .

ونتولى من جانب تحليل الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى من حيث كيفية تحديد التعويض الإتفاقى ، وما إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة على ضوء

---

(١) Principe de l' irréductibilité de la clause pénale.
والمبدأ تتضمنه المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى . وهو لا زال معمولاً به حتى الآن وان قضى التعديل التشريعى لعام ١٩٧٥ على نطاقه المطلق .

(٢) CARBONNIER: Droit Civil, op. cit., Tome 4, p. 315.

(٣) القانون رقم ٧٥ - ١٥٩٧ بتاريخ ٩ يوليو ١٩٧٥ المعدل للمادتين ١١٥٢ و١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى : Journal Officiel, 10 juillet 1975, p. 7076. Dalloz 1975, Législation 240.

(٤) PAISANT: Dalloz 1987, jurisprudence 492, note précitée.

مراد شركة التأجير التمويلى من فرضه . ثم نبحث فى أعقاب ذلك مدى إمكانية تعديل الشرط الجزائى الوارد بالعقد وإنعكاس ذلك على مصالح طرفى عقد التأجير التمويلى .

أ) مضمون الشرط الجزائى فى عقد التأجير التمويلى :

٤٨٢ - الأصل أن للمتعاقدين مواجهة ما قد يثار من مسئولية نتيجة إخلال أحدهما بالتزاماته العقدية أو إضطرار الطرف الآخر إلى المطالبة بفسخ العقد . كما أن للمتعاقدين تحديد التعويض إتفاقا بالكيفية التى تبين لهما أكثر ملاءمة لجبر الضرر الذى يلحق بأيهما .

إلا أنه فى مجال التأجير التمويلى يجب أخذ تلك الحقائق بشيء من التحفظ . فقد رأينا من قبل كيف يتم اللجوء إلى قوالب القانون الخاص من أجل تحقيق أهداف محددة ، كما رأينا أن الفسخ هو فى حقيقته أسلوب غير مباشر للتنفيذ العينى جبرا عن المستفيد . لذلك يجب على ضوء الكيفية التى يتحدد بها التعويض الإتفاقى التساؤل حول مراد شركة التأجير التمويلى من تحديد التعويض على هذا النحو .

١ - كيفية تحديد التعويض الإتفاقى عن الفسخ :

٤٨٣ - تتولى عقود التأجير التمويلى تحديد التعويض على أساس أقساط الأجرة المتبقية ، أى تلك التى كان من المقرر دفعها لولا فسخ عقد التأجير التمويلى . وكانت أغلبية العقود فى أول الأمر تحدد التعويض بجميع أقساط الأجرة المتبقية بما تشمله من أعباء ضريبية [١] ، ثم إتجهت بعد ذلك إلى تحديد التعويض بنسبة محددة من تلك الأقساط ، غالبا ما تكون أربعة أخماسها [٢] ، وفى بعض الأحيان ثلاثة أرباعها ونادرا ما يتحدد التعويض بنصف تلك الأقساط [٣] .

ولا يستحق التعويض الإتفاقى إلا فى حالة فسخ عقد التأجير التمويلى بسبب

---

(١) HEMARD: Ventes, transports et autres contrats commerciaux, V° Crédit - bail, R.T.D. Com., 1971, p. 169 No 20.

(٢) CAPORALE op. cit., p. 293. OUERDRAOGO, op. cit., p. 312.

(٣) CABRILLAC, op. cit., No 87.

إخلال المستفيد بأحد التزاماته العقدية . أما إذا كان الفسخ مقررا بسبب وقوع ما يدل على تفاقم مخاطر اعسار المستفيد كزوال الإعتبار الشخصى لا يلتزم المستفيد بدفع التعويض عن الفسخ لعدم إرتكابه ثمة خطأ [١]. وفى ذلك تطبيق للمادة ١١٥٢ من التقنين المدين الفرنسى التى تجيز للمتعاقدين الإتفاق على التعويض المستحق بسبب إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ، وحيث لا يوجد مثل هذا الإخلال لا ينسب للمتعاقد خطأ ولا يمكن بالتالى إثارة مسئوليته العقدية [٢] .

ويلاحظ أنه فى أعقاب صدور قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ الذى أجازللقاضى تعديل الشرط الجزائى تنص بعض عقود التأجير التمويلى على أنه فى حالة إعادة بيع الأصل المسترد نتيجة الفسخ أو تأجيره يخصم الثمن أو الأجرة الإجمالية من التعويض المتفق عليه . ويتضح من ذلك مدى الربط فى نظر شركة التأجير التمويلى بين القيمة السوقية للأصل الذى تسترده والتعويض الإتفاقى عن الفسخ . لكن الميزة المتقدمة لا تتقرر إلا إذا تم بيع الأصل أو تأجيره بالفعل . وبعبارة أخرى يتحمل المستفيد الذى أخل بالتزاماته العقدية مخاطر تسويق الأصل .

٤٨٤ - ولا يخفى ما فى تحديد التعويض الإتفاقى على أساس الأجرة المتبقية من تقريب بين فسخ عقد التأجير التمويلى لإخلال المستفيد بالتزاماته وأى من فسخ العقد إعمالا لشرط التقايل المقرر لمصلحة المستفيد أو تملكه الأصل قبل نهاية مدة العقد . ذلك أنه فى حالة إعمال شرط التقايل يلتزم المستفيد بدفع جميع أقساط الأجرة المتبقية ، ما لم يقع على عاتقه واجب تقديم مشتر أو مستأجر جديد للأصل . كذلك فى حالة تملكه الأصل قبل نهاية مدة العقد ، ويضاف فى هذه الحالة الأخيرة التزامه بدفع القيمة المحاسبية المتبقية للأصل أى ما تم الإتفاق عليه كثمن لتملك الأصل فى نهاية مدة العقد .

ويكمن الفرق بين التقايل والتملك المبكر من الوجهة المالية فى أداء ثمن

---

(١) OUERDRAOGO, op. cit., p. 298.
(٢) CARBONNIER: Droit civil, op. cit., Tome 4, p. 315.

التملك المتفق عليه فى الفرض الثانى دون الأول ، لأن الملكية تنتقل إلى المستفيد فيه فى حين أن الشركة تسترد الأصل ، وتستطيع بالتالى التصرف فيه ، فى حالة إعمال المستفيد شرط التقايل . لكن منطق الشركة فى تحديد التزامات المستفيد المالية واحدا فى الفرضين ، وهو ضمان إهلاك كامل رأسمالها المستثمر فى التمويل والحصول على عوائد رأس المال . فهل يختلف منطق شركة التأجير التمويلى عندما تفرض على المستفيد دفع التعويض عن الفسخ نتيجة إخلاله بالتزاماته ، وتحديد التعويض على أساس من الأجرة المتبقية ؟

إن تحديد التعويض الإتفاقى بجميع أقساط الأجرة المتبقية لدليل على حرص الشركة على تحقيق المراد ذاته ، أى ضمان إهلاك كامل رأسمالها والحصول على عوائده . وإذا كانت العقود قد إتجهت إلى تحديد التعويض بنسبة محددة من تلك الأقساط فقد جاء ذلك نتيجة ما أثير حول تلك العقود من شبهة الجمع بين التنفيذ العينى لإلتزام المستفيد بدفع الأجرة تحت ستار الشرط الجزائى وفسخ عقد التأجير التمويلى . وسوف نعود إلى بحث ذلك فيما بعد . يضاف إلى ذلك أن تحديد التعويض الإتفاقى بنسبة أربعة أخماس أو ثلاثة أرباع الأجرة المتبقية كما هو الغالب يتوقف من جانب على مدى تأكد الشركة الممولة من تسويق الأصل المسترد ـ نتيجة تعهد البائع بالمساهمة فى التصرف فيه فى الغالب ـ ويتوقف من جانب آخر على حسابات مالية صرفة توازن فيها الشركة بين مزايا قبض التعويض الإتفاقى فى أعقاب الفسخ وإمكانية توظيفه فى صفقات جديدة ومقدار عوائد رأس المال التى لا تحصل عليها بسبب فسخ عقد التأجير التمويلى وعدم إستكمال الوفاء بأقساط الأجرة .

وبعبارة أخرى لا مجال لإقتضاء ثمن التملك فى حالة إسترداد الشركة الممولة للأصل ، سواء كان ذلك إعمالا لشرط التقايل أو إعمالا للشرط الفاسخ الصريح [1] . وإزاء المنازعات التى أثيرت حول الشرط الجزائى مالت شركات التأجير التمويلى إلى إسقاط جانب فوائد رأس المال عن المدة التى لا يفيد فيها المستفيد من

(١) PACE: Economie..., op. cit., p. 264. N' DIZI, op. cit., P. 192.

التمويل نتيجة إنهاء العقد ، وهو ما لم تلجأ إليه فى حالة إعمال المستفيد شرط التقايل لإنتفاء المنازعات حوله [1] .

٢ - الدور المنوط بالشرط الجزائى فى مجال التأجير التمويلى :

٤٨٥ - رأينا ونحن بصدد تحليل عناصر أجرة التأجير التمويلى أنها تتكون من أربعة عناصر : جانب من إهلاك رأس المال ، وجانب من النفقات المالية ، وجانب من النفقات العامة ، وهامش ربح شركة التأجير التمويلى . واذا إتفق على ثمن يجب على المستفيد دفعه عند إعمال خيار التملك المقرر له يكتمل إهلاك رأسمال الشركة بدفع هذا الثمن .

إذن تمثل أقساط الأجرة بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى سبيل إهلاك رأسمالها وتغطية عوائده على نحو يسمح لها بتحقيق الربح [2] . وحيث أن الشركة تمتلك الأصل على سبيل الضمان يمثل الأصل القيمة العينية المقابلة لرأس المال النقدى المستثمر فى التمويل . إلا أن هذه القيمة تتناقص مع مرور الزمن بفعل الإستعمال العادى دون أن يعدم ذلك كل قيمة سوقية للأصل إلا فى ظل ظروف إستثنائية للسوق أو مصادفة المنقولات معدل إضمحلال إقتصادى حاد .

واذ يتحقق للشركة المالية إهلاك رأسمالها بالمضى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى حتى يبلغ منتهاه لا تتأثر مصالحها المالية بتناقص قيمة الأصل . لكنها تواجه مخاطر السوق فى كل حالة تسترد فيها الأصل دون أن يوفى المستفيد بكامل التزاماته المالية الناشئة عن العقد . وازاء ذلك عمدت إلى ضمان إهلاك كامل رأسمالها عن طريق الزام المستفيد بدفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى الوارد

---

(١) وتلجأ مؤسسات التمويل كثيراً إلى عدم احتساب فائدة القرض الا عن المدة التى استخدم فيه فعلاً ، وذلك تشجيعاً للمقترض على رد أصل القرض قبل حلول اجله . ويترتب على ذلك إمكانية الافادة من مبلغ القرض فى عمليات تمويل جديدة ، كما يقل عبء القرض المالى بالنسبة إلى المستفيد .
أنظر فى ذلك : FERRONNIERE et DE CHILLAZ, op. cit., No. 334.

(٢) LELOUP: JCP 1967 II 15291, note précitée. BEY: JCP 1987 II 20865, note précitée.

بالعقد . ولا يعنى ذلك أنها تتأكد فى جميع الأحوال من تحقيق هذا المراد خاصة إذا كان فسخ العقد بسبب إخلال المستفيد بالتزامه بدفع الأجرة نتيجة عجزه عن مواجهة هذا العبء المالى .

ويتضح من ذلك أن لكل من إسترداد الأصل ، تمهيدا للتصرف فيه ، ودفع التعويض الإتفاقى ذات الدور : ضمان إهلاك كامل رأسمال شركة التأجير التمويلى . إلا أن للأمرين مخاطره : مخاطر السوق فيما يتعلق بالإسترداد ، ومخاطر اعسار المستفيد فيما يتعلق بدفع التعويض . وتجد الشركة الممولة فى الجمع بين الأمرين ما يقلل من المخاطر التى تتعرض لها .

٤٨٦ - ومع ذلك يمثل إهلاك رأس المال والحصول على عوائده على نحو يسمح للشركة الممولة بتحقيق الربح الهدف الجوهرى الذى تسعى الشركة إلى تحقيقه من خلال تنفيذ عقد التأجير التمويلى حتى نهاية مدته . وإذا كان مراد الشركة من الشرط الجزائى هو تحقيق هذا الهدف تثور الشبهة حول إعتبار الشرط الجزائى سبيلا خافيا لإلزام المستفيد بالوفاء بالتزامه بدفع أجرة التأجير التمويلى بالرغم من فسخ العقد ، ومنه تثور شبهة الجمع بين التنفيذ العينى للعقد وفسخه [١] .

ولكن لا يكفى فى تقديرنا الوقوف على كيفية تحديد التعويض الإتفاقى لإعتباره سبيلا خافيا للتنفيذ العينى ، وإنما يجب بحث الآثار التى تترتب على الزام المستفيد بدفع التعويض على وجه الدقة حتى يمكن الجزم بالدور المنوط بالشرط الجزائى فى مجال التأجير التمويلى .

وننطلق فى سبيل ذلك من الطبيعة المالية لعقد التأجير التمويلى ، أى بإعتبار العقد عقد تمويل لم يقحم فيه عنصر إستعمال الأصل إلا بسبب إحتفاظ الشركة

---

(١) LANDRAUD: Dalloz 1980. jurisprudence 217, Note précitée.
BOUBLI : Réflexions sur la clause pénale dans les contrats de leasing et de renting, Recueil Général des Lois et de la Jurisp rudence, 1971, p. 643.

الممولة بملكيته على سبيل الضمان . وبعبارة أخرى سوف نحاول تفسير مقصود شركة التأجير التمويلى من الشرط الجزائى بإعتبار العقد نوعا خاصا من التمويل يفرض على المستفيد التزاما برد أصل رأس المال والوفاء بعوائده . وهذا من شأنه إضفاء طابع العقد الفورى على عقد التأجير التمويلى ، فى حين أنه فى ظل الأوضاع الراهنة للقانون الفرنسى بعد من العقود الزمنية بإعتباره من عقود الإيجار .

ويكون التزام المستفيد المالى متراخى التنفيذ فى الزمان ، إذ يتم تقسيم إجمالى المبالغ المستحقة للشركة الممولة إلى دفعات أو أقساط يضاف كل قسط إلى أجل محدد . ويعد كل أجل أجلا واقفا إذ لا يكون الوفاء بالقسط مستحقا إلا بحلول أجله [١] .

ويترتب على إضافة الإلتزام إلى أجل واقف أنه لا يجوز للدائن بحسب الأصل مطالبة المدين بالوفاء قبل حلول الأجل . ومع ذلك يواجه القانون بعض الحالات التى يسقط فيها الأجل [٢] ، كما أنه ليس ثمة ما يمنع من الإتفاق على سقوط جميع آجال دفعات الإلتزام إذا لم يوف المدين بأحد أقساط الدين [٣] .

وعادة ما تكون الإلتزامات الناشئة عن عقود التمويل ، بما تقتضيه من منح إئتمان ، مضافة إلى أجل أو عدة آجال واقفة بحسب الأحوال . ويمكن الإتفاق على سقوط هذه الآجال فى حالة إمتناع متلقى الإئتمان عن تنفيذ التزاماته . ويجب عرض الأمر على القضاء لتقرير سقوط الأجل وإن كان لا يتمتع بأدنى سلطة تقديرية فى إعمال الإتفاق أو عدم إعماله [٤] .

وعلى ذلك إذا كان عقد التأجير التمويلى يتضمن شرطا فاسخا صريحا يقترن به التزام يقع على عاتق المستفيد بدفع جميع أقساط الأجرة المتبقية أو جانب كبير منها يمكن القول بأن الشرط الجزائى يحقق فى واقع الأمر ذات الآثار التى كانت لتترتب

---

(١) DERRIDA: Terme, Encyclopédie Dalloz Civil, VII, No 1.

(٢) المادة ١١٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٣) DERRIDA: Terme, op. cit., No 40.

(٤) DERRIDA: Terme, op. cit., No. 41.

فى حالة الإتفاق على سقوط الأجل فى عقد يظهر على المسرح القانونى بوصفه عقد تمويل [1] . ولا يعدو إخفاء الأمر تحت ستار التعويض سوى محاولة لترتيب سقوط الأجـل فى عقد تستعصى عليه فكرة سقوط الأجل لإعتبـاره من عقود المـدة التى لا يمكن معها التزام المستفيد بدفع الأجرة مع إنقطاع إنتفاعه بالأصل المؤجر [2] .

وإذا كان إشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين فى دفع قسط منه يعد شرطا جزائيا ، فيه يتمثل التعويض فى تعجيل أقساط مؤجلة [3] ، إلا أن ذلـك لا يقترن بأى حال من الأحوال بفسخ العقد وإنما على العكسى يقترن بالتنفيذ العينى للعقد مع تعويض الدائن عن طريق اسقاط آجال الأقساط .

٤٨٧ – ولقد حاول البعض تبرير ذلك بأن الشرط الجزائى يواجه حقيقة أضرارا فعلية تلحق بشركة التأجير التمويلى بسبب فسخ العقد ، مما لا يمكن معه القول بإستغلال فكرة الشرط الجزائى كوسيلة لتنفيذ جميع التزاماته المالية الناشئة عن العقد دون تراخى . ذلك أن التعويض يتحدد على أساس الأجرة المتبقـية ، وأجرة التأجير التمويلى تتحدد على ضوء إعتبارات مالية صرفه . وبالتالى لا يمكـن أن ينتج عن فسخ عقد التأجير التمويلى سوى ضرر مالى بالشركة . وطبقا للقواعد العامة يتمثل الضرر فيما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب [4] . ويتمثل ما يلحق شركة التأجير التمويلى من خسارة فى عدم إهلاك رأسمالها المستثمر فى التأجير التمويلى [5] ،

---

(١) JACQUEMONT: JCP 1979 II 19095, note précitée.

(٢) LANDRAUD: Dalloz 1980, jursprudence 217, note précitée. BOUBLI: note sous Cour d' appel de Paris, 5° chambre, 27 juin 1970, JCP 1970 II 16576.

(٣) الدكتور عبد الرازق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، سابق الاشارة إليه ، الجزء الثانى ، ص ٨٥٢ بند ٤٧٧ .

(٤) المادة ١١٤٩ من التقنين المدنى الفرنسى . وانظر فى ذلك : RODIERE: Responsabilité en général, Encyclopédie Dalloz Civil, VI, No 140.

(٥) CREMIEUX - ISRAEL, op. cit., p. 112. CABRILLAC, op. cit., No 87.

بالإضافة إلى نفقاتها المالية ونفقات تخزين الأصل الذى تسترده الشركة ومصروفات بيعه أو تأجيره [١] . أما ما فات الشركة من كسب فيتمثل فى هوامش الربح المتضمنة فى أجرة التأجير التمويلى التى لم يستكمل المستفيد الوفاء بكل أقساطها ومن المقرر فقها وقضاء أن فوائد رأسمال التى لا يستوفيها الممول تمثل ما يفوته من كسب بإعتبارها العائد الذى ينتظره من وراء تنفيذ عقد التمويل [٢] .

وإزاء ذلك يمكن الإتفاق على تعويض الشركة عن مختلف هذه الأضرار . وعلى ضوئها لا يمكن أن يختلف ما يلحق الشركة من خسارة وما يفوتها من كسب عن الأقساط المتبقية أو نسبة هامة منها [٣] .

ولا أدل على ذلك من التزام الكفيل بدفع الشرط الجزائى بالرغم من أن سقوط الأجل الإتفاقى لا يضير به الكفيل لإستقلال التزامه عن التزام المدين . ويكون ذلك حتى فى الفرض الذى يكون فيه الكفيل متضامنا مع المدين [٤] .

٤٨٨ - والواقع أن تحديد ما يعد من قبيل ما يلحق من خسارة وما يفوت من كسب على النحو المتقدم يحول ليس فقط دون إعادة النظر فى تكييف الشرط الجزائى وإنما أيضا دون إعتبار التعويض مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، ذلك أن عدم إهلاك رأس المال بالكامل وعدم إستيفاء هوامش الربح أمر مؤكد دائما إذا ما تم فسخ عقد التأجير التمويلى وزال عن عاتق المستفيد الإلتزام بدفع أقساط الأجرة .

---

(١) وهنا ما يمكن اعتباره من قبيل الاضرار المباشرة والمتوقعة عن اخلال المستفيد بالتزاماته الناشئة عن عقد التأجير التمويلى ، اذ لا تثور المسئولية العقدية الاعن الاضرار المتوقعة عند التعاقد . انظر :
DERRIDA: Dommages et Intérêts, Encyclopédie Dalloz Civil, III, No 35 et s.

(٢) DERRIDA: Intérêts des capitaux, Encyclopédie Dalloz Civil, V,No 1. Cassation commerciale, 26 mai 1970, Dalloz 1970, Sommaires 176.

(٣) MALAURIE: note sous Tribunal de commerce de Paris, 9° chambre, 16 janvier 1970, Dalloz 1972, jurisprudence 582.

(٤) DERRIDA: Terme, op. cit., No 75.

ومع ذلك أشار البعض إلى تجاوز الشرط الجزائي الحدود المعقولة للتعويض نظرا إلى أن شركة التأجير التمويلي تجمع بين إسترداد الأصل ، بما له من قيمة سوقية على قدر من الأهمية ، وإستيفاء التعويض الإتفاقي [(١)] . وبعبارة أخرى إذا إكتفت الشركة بإسترداد الأصل ، أو إذا إكتفت بالزام المستفيد بدفع التعويض الإتفاقي دون أن تسترد منه الأصل لما ثارت شبهة تعسف شركة التأجير التمويلي في مواجهة مخاطر اعسار المستفيد .

ولئن كان الشرط الجزائي يفضي إلى الزام المستفيد بدفع أقساط الأجرة المتبقية أو جانب كبير منها ، فقد أخذ البعض على شركة التأجير التمويلي أنها تجمع بين التنفيذ العيني للعقد وفسخه . لكننا رأينا من قبل أن الفسخ هو سبيل الشركة في إستيفاء أداء المستفيد جبرا عنه ، وعلى ذلك تجمع الشركة بين التنفيذ العيني لإلتزام المستفيد تحت ستار الشرط الجزائي والتنفيذ العيني جبرا عن المستفيد .

ومن المقرر أنه متى قام المدين بالأداء إنقضى التزامه بالوفاء ، وتنقضي تبعا لذلك جميع التأمينات العينية والشخصية المقررة لضمان الوفاء بالإلتزام [(٢)] . أما شركة التأجير التمويلي فإنها تستوفي الدين تحت ستار الشرط الجزائي ، ولا يحول ذلك دون ترتيب الفسخ لآثاره وإستحوازها على قيمة الأصل السوقية .

ويثور التساؤل عما إذا كان يجوز تبرير هذا الجمع بالمخاطر التي تتعرض لها شركة التأجير التمويلي : مخاطر السوق عند التصرف في الأصل من جانب ، ومخاطر اعسار المسفيد فيما يتعلق بدفع التعويض الإتفاقي من جانب آخر . إن خطر الاعسار من المخاطر التي يواجهها كل دائن في علاقته بمدينه ، وبصفة خاصة في عقود التمويل حينما تؤثر تقلبات المركز المالي على قدرة المتعاقد على مواجهة الأعباء المالية الناشئة عن العقد [(٣)] . وتواجه شركة التأجير التمويلي هذا الخطر بالحصول على

---

(١) MASSIN, op. cit., p. 38.

(٢) MAZEAUD et CHABAS: Leçons de Droit civil, op. cit., Tome 1, 1er volume, 8° édition 1986, p. 224 No 163.

(٣) في هذا المعنى : RODIERE et RIVES-LANGE, op. cit., p. 416 No 336.

ضمانات عديدة أهمها على الإطلاق هو حق ملكية الأصل محل التمويل . وهى بذلك قد إرتضت مواجهة مخاطر السوق فى حالة اعسار المستفيد وإستردادها الأصل على اثر فسخ عقد التأجير التمويلى .

ومما يؤكد توقعها إبتداء مواجهتها تلك المخاطر إتفاقها مع بائع المنقول على مساهمته فى التصرف فى المنقول إما بالتعاون وإما بالإسترداد . وقد أشارنا من قبل إلى أن مخاطر التصرف فى الأصل تكون بالغة فى مواد المنقولات فى حين أنها تقل كثيرا فى حالة التصرف فى العقارات .

وفى المقابل يواجه المستفيد وضعا صعبا للغاية ، فهو فضلا عن إنقطاع إنتفاعه بالأصل المؤجر يلتزم بدفع تعويض يمثل نسبة كبيرة من أقساط الأجرة التى عجز عن دفعها ، مما يعرضه للتنفيذ الجبرى على أمواله إستيفاء لهذا التعويض [1] . ويجب عند تقدير مدى جواز تعديل الشرط الجزائى أخذ مصالح الطرفين فى الإعتبار ، وقدر المخاطر التى يمكن لكل منهما تحمله . بل يصبح التساؤل الرئيسى الذى يطرح نفسه هو مدى تحمل المستفيد مخاطر التصرف فى الأصل وقد إكتسبت شركة التأجير التمويلى ملكيته وإحتفظت بها لمواجهة مخاطر اعسار المستفيد .

ب) تعديل الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى :

٤٨٩ - أثار الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى منازعات عديدة حاول من خلالها عملاء شركات التأجير التمويلى الحد من آثاره ، بإدعاء بطلانه تارة وبمطالبة القاضى بخفضه تارة أخرى . ولم ييأس المستفيدون من مطالبة الحماية القضائية بالرغم من تطبيق مبدأ عدم جواز تعديل الشرط الجزائى وذلك قبل تدخل المشرع الفرنسى عام ١٩٧٥ .

---

(١) GIOVANOLI, op. cit., p. 249 No 311.

ومنذ ذلك التاريخ أصبح للقاضى سلطان فى تعديل الشروط الجزائية الواردة بالعقود ، أيا كانت طبيعتها . ومع ذلك نلحظ ترددا فى القضاء الفرنسى فيما يتعلق بإعمال تلك السلطة فى مجال التأجير التمويلى [1] .

ونعرض أولا لمحاولات الحد من آثار الشرط الجزائى فى ظل مبدأ عدم جواز تعديل الشرط الجزائى ، وذلك لسببين : الأول هو بيان تطور الصراع بين طرفى العقد فى ساحة القضاء إلى أن تدخل المشرع وأجاز للقاضى تعديل الشرط . أما السبب الثانى فمن أجل القاء الضوء على الكيفية التى تصدى بها القضاء لإدعاءات عملاء شركات التأجير التمويلى ، إذ يمكن على ضوء موقف القضاء قبل تعديل ١٩٧٥ تفسير تردده فى خفض الشرط الجزائى حينما تقررت له هذه السلطة ، وهو ما نعرض له ثانيـا .

(١) إدعاءات الحد من آثار الشرط الجزائى قبل تعديل ١٩٧٥ :

٤٩٠ – تعددت الأسباب التى إستند إليها عملاء شركات التأجير التمويلى للحد من آثار الشرط الجزائى . وقد إتجهت أغلبها إلى إدعاء بطلان هذا الشرط فى ظل التطبيق الصارم لمبدأ عدم جواز تعديل الشرط الجزائى .

ويمكن تقسيم إدعاءات بطلان الشرط الجزائى إلى ثلاث طوائف : الأولى تنادى ببطلان الشرط نتيجة لبطلان عقد التأجير التمويلى ذاته . وتقرر الثانية بطلان الشرط لما يفضى تطبيقه إلى جمع شركة التأجير التمويلى بين التنفيذ العينى للعقد وفسخه . بينما طالبت الطائفة الثالثة إبطال الشرط الجزائى للمبالغة إلى درجة كبيرة فى تحديد التعويض الإتفاقى .

وفى بعض الفروض الأخرى طولب من القضاء تعديل الشرط الجزائى بخفض

---

(١) وجدير بالاشارة إلى ان البعض فسر هذا التردد الملحوظ فى القضاء بمحدودية التعديل الذى اتى به المشرع الفرنسى بموجب قانون ١٩٧٥ ، إلى درجة جعلته عديم الجدوى فيما يتعلق ببعض العقود منها التأجير التمويلى وتأجير المعدات Renting :

CHABAS: note sous Cassation Commerciale, 21 juillet 1980, Dalloz 1981, jurisprudence 335.

التعويض المقرر لشركة التأجير التمويلى . وإجتهد الدفاع عن المستفيد فى تأسيس هذا الطلب قانونا مما أثار جدلا فقهيا عنيفا أودى فى نهاية الأمر بمبدأ عدم جواز تعديل الشرط الجزائى .

(أ) بطلان الشرط الجزائى لبطلان عقد التأجير التمويلى :

٤٩١ - يرد الشرط الجزائى فى صلب عقد التأجير التمويلى . وقد ذكرنا من قبل أنه يعد أحد شروطه النمطية العامة المطبوعة . وبالتالى يترتب على الحكم ببطلان عقد التأجير التمويلى زواله بما كان يشمله من شروط من بينهما الشرط الجزائى .

ولقد حاول بعض عملاء شركات التأجير التمويلى دفع التزامهم بدفع التعويض الإتفاقى بإدعاء بطلان العقد [١] . وإستندوا فى ذلك إلى فكرتين جوهريتين هما الغبن والربا .

١ - الغـــبن :

٤٩٢ - إدعى البعض أنه على ضوء مجمل الأحكام الإتفاقية لعقد التأخير التمويلى يلحق بالمستفيد غبن أكيد لعدم توازن إداءات الطرفين ، وهو ما يتجلى فى حالة فسخ العقد لعجز المستفيد عن مواجهة الأعباء المالية الناشئة عنه . ولا شك أن فى تعرض المستفيد لإنقطاع الإنتفاع بالأصل والتزامه بدفع التعويض الإتفاقى غبنا بمصالحه يبرر إبطال العقد ومن ثم الحكم ببطلان الشرط الجزائى[٢] .

ولكن يلاحظ أن للشرط الجزائى طابعا تبعيا للإتفاق الرئيسى الذى يندرج فيه [٣] ، وبالتالى لا يمكن تقدير الشرط الجزائى انفصالا عن أحكام العقد برمته . وقيل فى هذا الصدد أن الغبن يجب تقدير وجوده عند تكوين العقد وليس بمناسبة

---

(١) انظر فى عرض ذلك : BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 37 et s. GIOVANOLI, op. cit., 249 et s.

(٢) انظر فى عرض هذا الادعاء وانتقاده : CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 95. BACHASSON, op. cit., p. 241 No 256.

(٣) CARBONNIER: Droit civil, Tome 4, op. cit., p. 316.

فسخه بسبب إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته [١] . وبعبارة أخرى لا يقبل التأخر في الإدعاء بتوافر الغبن فى العقد إلى لحظة فسخه وعجز المستفيد أو رفضه الإلتزام بدفع التعويض الإتفاقى .

وأيا كان تقدير الرأى المتقدم من الثابت أن الغبن ليس من الأسباب العامة لبطلان العقود فى القانون الفرنسى ، وإنما يتقرر فى بعض الأحوال الخاصة ليس من بينها عقود التأجير التمويلى [٢] .

٢ - الربـــــا :

٤٩٣ - ذهب البعض إلى أن الفائدة الإجمالية المتضمنة فى أقساط التأجير التمويلى تعد فائدة ربوبية فى مفهوم قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٦٦ الخاص بالربا ، مما يترتب عليه بطلان عقد التأجير التمويلى وبالتالى بطلان الشرط الجزائى الوارد به [٣] .

إلا أن الفقه والقضاء يتجه فى عمومه إلى عدم خضوع عقد التأجير التمويلى لقانون ١٩٦٦ الخاص بالربا [٤] ، وذلك لقصر نطاق تطبيقه على عقدى القرض

---

(١) BACHASSON, op. cit., p. 241 No 256.

(٢) CREMIEUX-ISREL, op. cit., p. 95. COILLOT: Initiation.... op. cit., p. 189.

(٣) DESSENS: Dalloz 1971, jurisprudence 465, note précitée.

(٤) Cassation civile, 3° chambre, 5 mars 1970, JCP 1971 II 16581, note BOCCARA. Cour d' appel de Rouen, 4° chambre, 3 juillet 1970, Dalloz 1971, jurisprudence 465, note DESSENS. BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 39. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 95. HEMARD, op. cit., 1971, No 20. BAKOUKA, op. cit., p. 155. FURKEL, op. cit., DE JUGLART et IPPOLITO, op. cit., p. 352 No 1682. APPERCE, op. cit., No 13. GAVALDA et STOUFFLET: La limitation des taux d' intérêts conventionnels par la loi n° 66 - 1010 du28 décembre 1966 sur l' usure, JCP 1968 I 2171. RIPERT et ROBLOT, op. cit., Tome 2, p. 340 No 2376. JAQUEMONT, note précitée.

والبيع بالتقسيط [١] . وحيث أن عقد التأجير التمويلى من عقود الإيجار ، وبالتالى تعد أقساط التأجير التمويلى من الأجرة التى تقابل الإنتفاع بالأصل المؤجر ، لا تسرى أحكام هذا القانون على العقد [٢] .

ولقد أعلن وزير العدل الفرنسي فى رد له على أحد الأسئلة بالجمعية الوطنية عدم خضوع عقد التأجير التمويلى لأحكام قانون ١٩٦٦ الخاص بالربا لأنه لا يعتبر لا من قبيل القرض ولا من قبيل البيع بالتقسيط وإنما هو عقد إيجار [٣] .

ومن جانبها ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى عدم خضوع عقد التأجير التمويلى لأحكام قانون الربا ، وبالتالى عدم جواز دفع الإلتزام بأداء التعويض المقرر بالشرط الجزائى الوارد بالعقد . ولا يمكن إعتبار التعويض عن الفسخ بمثابة فوائد يثور التساؤل حول طابعها الربوى ، إذا لم تعد تقابل ثمن توظيف رأس المال فى الزمان وهو أهم خصائص فوائد رأس المال التى يواجهها قانون ١٩٦٦ الخاص بالربا [٤] .

(ب) بطلان الشرط الجزائى تأسيسا على عدم جواز الجمع بين التنفيذ العينى للعقد وفسخه :

٤٩٤ - رأينا من قبل أنه على ضوء الكيفية التى يحدد بها العقد التعويض عن الفسخ الذى يلتزم المستفيد بدفعه يقترب التعويض إن لم يعادل تنفيذ التزام المستفيد بدفع أقساط الأجرة المتبقية . ومن هنا ثارت شبهة جمع شركة التأجير التمويلى بين التنفيذ العينى لعقد التأجير التمويلى وفسخه .

ولم يكن فى إمكان جانب من الفقه والقضاء الطعن فى إعمال الشرط الفاسخ الصريح الوارد بالعقد ، ولذلك إنصبت جهودهم على إبطال الشرط الجزائى . وإستندوا فى ذلك إلى أكثر من أساس : الاثراء بلا سبب والتحايل على القانون وإنتفاء السبب وعدم مشروعية السبب .

---

(١) الفقرتان الأولى والثانية من المادة الأولى من القانون .

(٢) GAVALDA, op. cit., 1° cahier, No 48.

(٣) BALME, op. cit., No 98.

(٤) Cassation commerciale, 8 Février 1977, note précitée de JAQUEMONT.

١ - الاثراء بلا سبب :

٤٩٥ - ذهبت إحدى محاكم الموضوع فى فرنسا إلى عدم جواز الزام المستفيد بدفع أقساط الأجرة بعد فسخ عقد التأجير التمويلى ، حيث من المقرر أن العقد يعد من قبيل عقود الإيجار . ويعد حصول الشركة الممولة على أقساط الأجرة تحت ستار الشرط الجزائى اثراء بلا سبب يقتضى الحكم على الشركة برد المبالغ التى قبضتها[١] .

وقيل فى الرد على ما ذهبت إليه المحكمة أن السبب فى مجال الاثراء بلا سبب يتمثل فى الأساس القانونى الذى يستند إليه الإلتزام ، أى فى مصدره . ويترتب على ذلك أن لإلتزام المستفيد بدفع التعويض عن الفسخ سببا يتمثل فى عقد التأجير التمويلى ذاته[٢] . ولا شك فى صحة الشرط الجزائى لحمل المستفيد على الوفاء بالتزاماته العقدية ، مما يترتب عليه عدم جواز الطعن فيه إستنادا إلى فكرة الاثراء بلا سبب لمجرد أن التعويض يبدو متجاوزا قدر الأضرار التى تلحق بشركة التأجير التمويلى . وبعبارة أخرى لا يصح الإستناد إلى فكرة الإثراء بلا سبب طالما توافر السند القانونى للتعويض ، دون الإلتفات إلى شدته التى لم يقصد من ورائها سوى حمل المستفيد على تنفيذ التزاماته العقدية[٣] .

---

(١) انظر فى ذلك الوقائع المعروضة فى حكم محكمة النقض التى وصل إليها النزاع . وقد رفضت المحكمة العليا ما اتجهت إليه محكمة الموضوع :
Cassation commerciale, 21 octobre 1974, Dalloz 1975, Sommaires 4.

(٢) CAPORALE, op. cit, p. 310. BALME, op. cit., No 101. ALFANDARI: Le contrôle des clauses pénales par le juge, JCP 1971 I 2396, No 3. COILLOT: Initiation..., op. cit., p. 189.

(٣) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 101. BOCCARA: JCP 1971 II 16581, note sous cassation civile, 3° chambre, 5 mars 1970 et Cour d' appel de Rouen, 4° chambre, 3 juillet 1970.

٢ - التحايل على القـــانون :

٤٩٦ - ذهب البعض إلى أن الهدف من فرض الشرط الجزائى فى عقد التـأجير التمويلى هو إستبعـاد تطبيق المـــادة ١١٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى التى لا تجيز للمتعاقد الجمع بين التنفيذ العينى للعقد وفسخه . وبالتالى يجب الحكم ببطلان الشرط الجزائى بإعتباره وسيلة للتحايل على أحكام القانون [١] .

ولقد أشار البعض إلى الصعوبات التى تكتنف فكرة التحايل على القانون من حيث إقامة الدليل على توافر نية الغش نحو القانون لدى شركة التأجير التمويلى [٢] . ولا يكفى فى هذا الصدد الإدعاء بأن شركة التأجير التمويلى تحدد التعويض على هذا النحو لضمان إهلاك كامل ثمن الأصل المؤجر ، حيث لا يمكن إفتراض نية الغش نحو القانون وإنما يجب إقامة الدليل عليها على نحو قاطع [٣] . ولقد رد نصير فكرة التحايل على القانون على تلك الإنتقادات بأن الصعوبات التى تعرض فى مجال الإثبات لا تعيد النظر فى المبدأ ذاته ، بمعنى أنه متى ثبت أن الشركة الممولة تعمدت الجمع بين التنفيذ العينى للعقد وفسخه وجب الحكم ببطلان الشرط الجزائى للتحايل على أحكام القانون . [٤] .

ومن جانب آخر قيل بأنه ما من شك فى أن إبطال الشرط الجزائى يحقق مصلحة للمستفيد اذ فى هذه الحالة تخضع مسئوليته للقواعد العامة . ولكن لا ينبغى إغفال مصلحة شركة التأجير التمويلى فى تحديد التعويض الإتفاقى على هذا النحو كما يبين من الشرط الجزائى ، ومتى توافرت المصلحة إنتفت معها نية التحايل على أحكام القانون [٥] .

---

(١) FURKEL, op. cit.

(٢) BACHASSON, op. cit., p. 244 No 258.

(٣) GAVALDA, op. cit., 1° cahier, No 45.

(٤) FURKEL, op. cit.

(٥) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 96.

ويذهب فريق آخر من الشراح إلى أن دور الشرط الجزائى لا يقتصر على الإتفاق على مبلغ التعويض المستحق لشركة التأجير التمويلى عن الفسخ ، بل ان له دورا وقائيا يتمثل فى حمل المستفيد على تنفيذ التزاماته العقدية . وفى سبيل تحقيق هذا الهدف يمكن الإتفاق على تعويض يجاوز الأضرار الحقيقية التى تلحق بشركة التأجير التمويلى ، بل يمكن أن يقترب التعويض من قيمة الإلتزام الأصلى [١] . والقول بالتحايل على القانون يفضى إلى إعادة النظر فى الدورالمنوط بالشرط الجزائى من حمل المستفيد على الوفاء بالتزاماته [٢] .

٣ - إنتفاء السبب :

٤٩٧ - ذهب الأستاذ BOCCARA إلى أن ما يعيب عقد التأجير التمويلى هو إعمال شرطين يردان به معا هما الشرط الفاسخ الصريح من جانب والشرط الجزائى من جانب آخر . فالشرط الفاسخ الصريح يسمح لشركة التأجير التمويلى بالكف عن تقديم الأداء الرئيسى الذى يلقيه العقد على عاتقها ، ذلك أنها بإستردادها الأصل المؤجر تكف عن تمكين المستفيد من الإنتفاع به . أما بمقتضى الشرط الجزائى يمضى المستفيد فى تقديم الأداء الرئيسى الناشىء عن العقد والمتمثل فى دفع الأجرة المتبقية . ويقر الكاتب بأن جواز تحديد التعويض إتفاقا يحول دون تطبيق المادة ١١٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى التى لا تجيز الجمع بين التنفيذ العينى للعقد وفسخه . ومع ذلك ينتفى سبب الإلتزام بدفع التعويض متى كان المراد منه الزام المستفيد بتنفيذ التزامه بدفع الأجرة على نحو كامل ومعجل ، فى حين أن شركة التأجير التمويلى تكف عن تنفيذ التزامها بتمكين المستفيد من الإنتفاع بالأصل المؤجر . وبالتالى يكون الشرط الجزائى باطلا متى كان يلزم المستفيد بدفع جميع أقساط الأجرة المتبقية . ولا مجال فى هذا الصدد للإحتجاج بدور الشرط الجزائى فى حمل المستفيد على تنفيذ التزاماته العقدية لأن الشرط الجزائى مطعون فيه من حيث الصحة ،

---

(١) BOCCARA: JCP 1970 II 16 155, note sous Tribunal de commerce de Grenoble, 12 mai 1969.

(٢) BOUBLI: Réflexions..., op. cit., p. 642.

بغض النظر عن قيمة التعويض المتفق عليه [١] .

ولقد كان لفكرة إنتفاء السبب أثرها البالغ فى عدول شركات التأجير التمويلى عن تحديد التعويض الإتفاقى بجميع أقساط الأجرة المتبقية ، ولجوئها إلى تحديده بنسبة معينة منها [٢] . فطبقا لتلك الفكرة لا يكون الشرط الجزائى باطلا إلا إذا كان التعويض متمثلا فى جميع أقساط الأجرة [٣] . وهذا ما إتجهت إليه بعض أحكام محكمة إستئناف باريس [٤] .

٤٩٨ – ومع ذلك لم تسلم فكرة إنتفاء السبب من النقد اللاذع . فقد قيل أن للشرط الجزائى سببا دائما اذ يتم إعماله تطبيقا لأحكام عقد التأجير التمويلى [٥] . وفضلا عن ذلك لا يكون فى إعمال شركة التأجير التمويلى للشرط الجزائى أدنى جمع بين التنفيذ العينى للعقد وفسخه . فالشركة لا تطالب سوى بفسخ العقد . أما كيفية تحديد التعويض وقدره فلا أثر له على تكييف الشرط الجزائى ، فيظل إتفاقا على تقدير التعويض عن الفسخ [٦] . كذلك لا يجوز القول بإنتفاء سبب الإلتزام بدفع

---

(١) BOCCARA: JCP 1970 II 16 155 et JCP 1971 II 16581, notes précitées.

(٢) فى هذا المعنى : BACHASSON, op. cit., p. 242 No 357.

(٣) GAVALDA et STOUFFLET: Droit de la banque, op. cit., p. 655 No 491 bis.

(٤) Cour d' appel de Paris, 5° chambre, 27 juin 1970, JCP 1970 II 16576, note BOUBLI et 15° chambre, 4 mars 1971, Dalloz 1972, Jurisprudence 582, note MALAURIE.

(٥) Cassation commerciale, 21 octobre 1974, Dalloz 1975, Sommaires 4. CREMIEUX- ISRAEL, op. cit., p. 99. BAKOUKA, op. cit., p. 160.

(٦) Cour d' appel de Rennes, 23 février 1972, Gazette du Palais, 1973, 2, 692, note HOVASSE. Cassation commerciale, 4 juillet 1972, Dalloz 1972, Jurisprudence 732, note MALAURIE. Cassation commerciale, 30 avril 1974, JCP 1976 II 18282, note FURKEL. CAPORALE, op. cit., p. 322.

التعويض عن الفسخ لأن الشرط الجزائى تقرر مقابل تمكين المستفيد من الإنتفاع بالأصل المؤجر ، وهو ما تقرر بالفعل للمستفيد . ويترتب على ذلك أن شركة التأجير التمويلى تطالب ، فضلا عن الفسخ ، بالتعويض عن الأضرار التى تلحق بها ولكنها لا تجمع بأى حال من الأحوال بين التنفيذ العينى لعقد التأجير التمويلى وفسخه [١] .

وإذا قيل بأن سبب الشرط الجزائى يكمن فى مواجهة ضرر محتمل يلحق بشركة التأجير التمويلى فما من شك فى توافر السبب فى عقد التأجير التمويلى لما يترتب على فسخه من أضرار بالمصالح المالية لشركة التأجير التمويلى [٢] .

وأخيرا قيل بأن وجود سبب الإلتزام يجب تقديره عند تكوين العقد ، ومتى وجد سبب الإلتزام فى هذا الوقت لا يؤثر أى عارض يطرأ فيما بعد على تنفيذ العقد فى صحة الإلتزام ووجوده . وبالتالى لا يجوز الإدعاء بأنه مع فسخ عقد التأجير التمويلى يزول سبب التزام المستفيد بدفع التعويض بعد أن ثبت توافره عند إبرام العقد [٣] .

٤ - عدم مشروعية السبب :

٤٩٩ - ذهب الأستاذ BOUBLI إلى بطلان الشروط الجزائية الواردة بصفة نمطية فى عقود التأجير التمويلى لعدم مشروعية سببها . فالشرط الجزائى يلزم المستفيد بأداء التزامه الأصلى تحت مسمى التعويض . ويترتب على ذلك أن شركة التأجير التمويلى تستطيع إهلاك رأسمالها المستثمر فى التمويل ، فضلا عن تحقيق أرباح مجزية من خلال التصرف فى الأصل الذى تسترده بالبيع أو التأجير [٤] .

---

(١) BALME, op. cit., No 10 1. BEY: Une forteresse juridique: l' article 1152 du Code civil ou du principe de l' irreductibité des clauses pénales, Revue de Jurisprudence Commerciale, Journal des Agréés, 1974, p. 188.

(٢) BOUBLI: Réflexions..., op. cit., p. 642.

(٣) CAPORALE, op. cit., p. 320.

(٤) BOUBLI: Réflexions..., op. cit., p. 643, 644.

ومن جهة أخرى لا يجوز إعتبار الشرط الجزائى إتفاقا على تحديد التعويض متى تبين منذ لحظة إبرام العقد أن قيمة التعويض تجاوز إلى درجة كبيرة كل ضرر محتمل يمكن أن يلحق بشركة التأجير التمويلى فى حالة فسخ العقد ، وإنما يناط به فى هذه الحالة دور آخر [١] . فالشرط الجزائى طبقا للرأى الراجح يعد جزاء على إخلال المستفيد بالتزاماته العقدية ، يتحدد بموجبه قدر التعويض الذى يستحق لشركة التأجير التمويلى التى تثير مسئولية المستفيد . ولا يمكن إعتباره التزاما تخييريا إذ لا يكون للشركة الإختيار بين مطالبة المستفيد بتنفيذ التزامه الأصلى ومطالبته بدفع التعويض . بل ان التعويض لا يكون مستحقا إلا فى حالة فسخ عقد التأخير التمويلى مما ينتفى معه القول بأن الشرط الجزائى تقرر فى عقد التأجير التمويلى من أجل تقدير مدى مطالبة المستفيد بتنفيذ التزامه الأصلى أو مطالبته بدفع التعويض ، وذلك على ضوء المخاطر التى تتعرض لها شركة التأجير التمويلى [٢] .

وعلى ذلك اذا كان من العسير إعتبار الشرط الجزائى إتفاقا على تحديد التعويض من جانب وإعتباره التزاما تخييريا من جانب آخر ، فإن الشرط الجزائى بتمحض عن عقوبة خاصة تفرض على المستفيد تحقيقا لمصلحة صرفة لشركة التأجير التمويلى . ولا شك فى عدم جواز الإتفاق على فرض عقوبات خاصة إبتداء ، خاصة إذا تبين أن تحديد التعويض عل نحو مبالغ فيه يعد ميزة مالية تستأثر بها شركة التأجير التمويلى على حساب المستفيد ولا يهدف إلى جبر الضرر الذى يلحق بها [٣] . ويتأكد بذلك عدم مشروعية سبب التزام المستفيد بدفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى [٤] .

---

(١) BOUBLI: JCP 1970 II 16576, note précitée.

(٢) BOUBLI: Réflexions..., op. cit., p. 643.

ومن هنا الرأى ايضا : BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 39.

وقارن : ALFANDARI, op. cit., No 23.

(٣) Cour d' appel de Paris, 5° chambre, 27 juin 1970, JCP 1970 II 16576, note précitée de BOUBLI. CAPORALE, op. cit., p. 327.

(٤) BOUBLI, note précitée.

٥٠٠ - ولم تستطع فكرة عدم مشروعية السبب تفادى جميع الإنتقادات التى وجهت إلى فكرة إنتفاء السبب . ومن عيوب هذه الأخيرة التى تفاداها الإستاذ BOUBLI عدم إنكاره أن لإلتزام المستفيد بدفع التعويض سببا وإن نعى عليه عدم مشروعيته . كما ذهب إلى وجوب تقدير عدم المشروعية عند تكوين عقد التأجير التمويلى وليس عند فسخه . ذلك أن طابع العقوبة الخاصة جلى فى الشرط الجزائى إبتداء ، إذ أن منذ إبرام العقد يتبين مدى تجاوز التعويض الإتفاقى كل ضرر محتمل يمكن أن يلحق بشركة التأجير التمويلى إذا تم فسخ العقد .

إلا أن القول بأن الشرط الجزائى يفضى إلى الزام المستفيد بدفع التزامه الأصلى تحت ستار التعويض يكون مقصورا على الفرض الذى يتحدد فيه التعويض بجميع أقساط الأجرة المتبقية . ولقد أخذ الفقه على ذلك ، أسوة بالإنتقاد الذى وجه إلى فكرة إنتفاء السبب ، أن وحدة قيمة الإلتزامين لا تحول دون إختلاف طبيعة الإلتزام بين الوفاء بالدين الأصلى والوفاء بالتعويض (١) .

وبالإضافة إلى ذلك قيل بأنه من المقرر أن الشرط الجزائى لا يتمحض عن إتفاق على تحديد التعويض وإنما يعد فى جانب منه عقوبة خاصة تهدف إلى ردع المدين وحمله على تنفيذ التزامه الأصلى . وبالتالى لا يكفى الكشف عن هذا الجانب المتضمن فى الشرط الجزائى للقول بعدم مشروعية سببه (٢) .

وأخيرا أشار البعض إلى أن الحكم ببطلان الشرط الجزائى لعدم مشروعية سببه يفضى إلى فرض حماية غير غير واجبة على المستفيد ، إذ يحميه من إقدامه على ابرام عقد التأجير التمويلى دون ابصار بعواقبه أو تحت تأثير هوى جامح أو أمل فى الحصول على التمويل بالرغم من عجزه عن مواجهة الأعباء المالية الناشئة عنه . ولا يعد ذلك كله من الأسباب الموجبة لإبطال التصرفات ولا يعترف النظام القانونى بتأثيرها على

---

(١) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 38.
BALME, op. cit., No 101.

(٢) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 96.

إرادة المتعاقدورضاه[1] .

(جـ) بطلان الشرط الجزائى للمبالغة فيه إلى درجة كبيرة :

٥٠١ - إستندت بعض الأراء فى سبيل إبطال الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى إلى ما يتسم به من مبالغة شديدة فى تحديد التعويض المقرر للشركة الممولة . وفى واقع الأمر حاولت هذه الأراء التوصل إلى تدخل القضاء بتعديل الشرط الجزائى بخفض التعويض وإنما بطريق غير مباشر ، نظرا للتطبيق الصارم الذى إنتهجه القضاء الفرنسى للمادة ١١٥٢ من التقنينَ المدنى الفرنسى . فطبقا لهذه الأراء يجب إبطال الشرط الجزائى وإنما دون إعادة النظر فى مبدأ إستحاق شركة التأجير التمويلى للتعويض عن الفسخ . ومن ثم تخضع مسئولية المستفيد للقواعد العامة ويتولى القاضى تقدير التعويض على ضوء الضرر الفعلى الذى لحق بشركة التأجير التمويلى بسبب الفســـخ .

وفى سبيل ذلك سيقت فكرتان جوهريتان : تتمثل الأولى فى فكرة شرط الأسد بينما تتمثل الثانية فى فكرة التعسف فى إستعمال الحق .

١ - شرط الأســـد :

٥٠٢ - إتجه البعض القليل من أحكام القضاء الفرنسى إلى إعتبار الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى من قبيل شروط الأسد ، حيث يهدف إلى سلب سلطة القاضى فى خفض التعويض إستنادا إلى المادة ١٢٣١ من التقنين المدين الفرنسى ، تلك المادة التى تجيز للقاضى تعديل قدر التعويض المتفق عليه بالنظر إلى ما

---

(١) BEY: Une forteresse..., op. cit., p. 176.

وتجدر الاشارة إلى ان ما يذكره الكاتب يعد من تطبيقات الاستغلال كعيب من عيوب الارادة ، وهو ما لا يعرض له القانون الفرنسى ضمن تعداده لعيوب الرضا . وبالرغم من محاولات الفقه الفرنسى فى سد هذا النقص عن طريق مد مفهوم الاكراه يرفض القضاء ابطال العقود كلما توافر احد تطبيقات الاستغلال . انظر فى ذلك :

RIEG: Violence, Encyclopédie Dalloz Civil, VII, No 24, 25.

تم تنفيذه بصفة جزئية من الإلتزام الأصلى [1] . وبالرغم من إستناد هذه الأحكام لفكرة شرط الأسد لم تقض ببطلان الشرط الجزائى وبالتالى تقدير التعويض طبقا للقواعد العامة ، وإنما حكمت بخفض التعويض الإتفاقى إلى ما قدرته كافيا لجبر الضرر الفعلى الذى لحق بشركة التأجير التمويلى [2] . هذا وإن كان الأسلوبان يفضيان إلى النتيجة ذاتها إلا أن مؤدى النهج الذى إتبعته الأحكام المشار إليها وجوب الحكم بالتعويض الإتفاقى دون تجاوز له إذا إتضح أن الضرر الفعلى الذى يلحق بشركة التأجير يجاوز قدر هذا التعويض .

وفى أعقاب صدور تلك الأحكام حاول عملاء شركات التأجير التمويلى إثارة فكرة شرط الأسد لإبطال الشرط الجزائى ولكن دون جدوى [3] ، إلى أن تعرضت محكمة النقض الفرنسية للأمر ورفضت المساس بالتعويض الإتفاقى تأسيسا على هذه الفكرة [4] .

٥٠٣ - ولقد إنتقد الفقه الفرنسى تأسيس إبطال أو تعديل الشرط الجزائى على فكرة شرط الأسد ، ذلك أن عقد التأجير التمويلى من العقود الملزمة للجانبين التى تتقابل فيها أداءات الطرفين ولا تتوازى من أجل تحقيق مشروع مشترك مما يترتب عليه عدم جواز الإدعاء بمحاولة أحد الطرفين الإستئثار بكل ثمرات هذا المشروع

(١) ويتضح من ذلك ان تلك الأحكام كانت لتطبق المادة ١٢٣١ المشار إليها لولا الكيفية التى يتحدد بها التعويض التفاقى مما يحول دون تطبيقها . ولذلك لجأت إلى فكرة شرط الاسد .

(٢) Tribunal de commerce de Versailles, 15 janvier 1969, Dalloz 1969, Sommaires 98. Tribunal de Grande Instane de Bergerac, 26 mars 1969, Journal des Notaires et des Avocats, 1969, 49262, p. 1146, note VIATTE.

(٣) Tribunal de Grande Instance du Havre, 5 juin 1969, Journal des Notaires et des Avocats, 1970, 49440, note VIATTE. Cour d' appel de Rouen, 4° chambre, 9 juillet 1970, JCP 1971 II 16581, note BOCCARA.

(٤) Cassation civile, 3° chambre, 2 octobre 1974, Dalloz 1975, juris-pru-dence 1, note DELTEL.

المشترك [1] . ثم أن فكرة شرط الأسد هى فكرة خاصـة بعقود الشركات دون غيرها، ومن ثم ليس هناك مجـال لإعمالها بصدد عقد التأجير التمويلى وهو من قبيل عقود الإيجـار [2] .

ولكن يلاحظ أن الأحكام التى تبنت فكرة شرط الأسد لتعديل الشرط الجزائى أشارت إلى خصوصية هذه الفكرة وقصرها على عقود الشركات ، ولم يكن ذلك حائلا دون إستنادها إليها فى مجال عقد التأجير التمويلى [3] . ونرى أن القـضـاء إستخدم إصطلاحا غير ملائم للدلالة على ما يتسم به الشرط الجزائى من قسوة فى معاملة المستفيد تحقيقا لمصلحة شركة التأجير التمويلى . وبعبارة أخرى لا يعدو الشرط الجزائى سوى شرطا تعسيفا إتجه هذا القضاء إلى الحد من آثاره . لكن الأحكام المشار إليها صدرت فى وقت لم يكن فيه مفهوم الشروط التعسفية قد تبلور بعد فى الفقه والقضاء الفرنسيين ، بينما يعد شرط الأسد من الفكر التقليدية والقديمة فى مجال عقود الشركات .

وفى حقيقة الأمر يعيب الفقه الفرنسى على ذلك القضاء إعتباره الشرط الجزائى شرطا تعسفيا ، ويتضح ذلك من الحجج التى يسوقها فى إنتقاد فكرة شرط الأسد : فطبقا للفقه لا يمكن الوقوف على ما يتسم به الشرط الجزائى من طابع شرط الأسد إلا إذا أخذ فى إطار المضمون الإتفاقى لعقد التأجير التأجير التمويلى برمته بحيث يتبين ما إذا كان هناك عدم توازن بين اداءات الطرفين [4] . ولا يمكن الحكم على صحة الشرط الجزائى أو بطلانه إلا بالنظر إلى دوره فى تحقيق ذلك التوازن ، حيث أنه يعد مقابلا عادلا لكافة المخاطر التى تتعرض لها شركة التأجير التمويلى

---

(١) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 203. BAKOUKA, op. cit., p. 153.

(٢) CAPORALE, op. cit., p. 302.

(٣) GIOVANOLI, op. cit., p. 249 No 312.

(٤) CAPORALE, op. cit., p. 303.

بتحقيق التوازن بين اداءات الطرفين [١] . ويترتب على ذلك عدم جواز خفض الشرط الجزائى ومن باب أولى إبطاله لإعتباره من قبيل شروط الأسد [٢] .

٢ - التعسف فى إستعمال الحق :

٥٠٤ - أشار البعض إلى ما يتسم به فرض الشرط الجزائى من تعسف من جانب شركة التأجير التمويلى فى إستعمال حقها فى تحديد التعويض المستحق لها عن الأضرار الناشئة عن فسخ العقد . ويبدوا طابع العسف جليا فى الفرض الذى يفسخ فيه عقد التأجير التمويلى بعد مرور مدة ضئيلة على تاريخ إبرامه ، حيث تجمع شركة التأجير التمويلى بين إسترداد الأصل الذى لا يزال فى حالة ممتازة وإستيفاء جانب كبير من أقساط الأجرة المتبقية [٣] . وإزاء هذا التعسف يجب إعتبار الشرط الجزائى كأن لم يكن وعلى القاضى أن يتولى تقدير التعويض تطبيقا للقواعد العامة [٤] .

وجدير بالإشارة إلى أن الدفع بالتعسف فى إستعمال الحق لم يبد مطلقا أمام القضاء الفرنسى ، وتظل جدواه قابعة فى إطاره النظرى أو الفقهى . ونرى من جانبنا أنه لا يصلح أساسا لإعفاء المستفيد من دفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائى ، وذلك لعدة أسباب :

٥٠٥ - فمن جانب أول إن القول بتعسف شركة التأجير التمويلى فى إستعمال حقها فى تحديد التعويض يفترض إنفرادها بتحديد التعويض الإتفاقى ، وبالتالى يصبح الأمر المطعون فيه هو كيفية تحديد التعويض لا إقتضاءه . ولا ننكر واقع

---

(١) CREMIEUX - ISRAEL, op. cit., p. 94.

(٢) HEMARD: Ventes, transports et autres contrats commerciaux, op. cit., 1971, No 20. BOCCARA: Jcp 1971 II 16581, note précitée. FURKEL: JCP 1976 II 18282, note précitée. DESSENS: Dalloz 1971, jurisprudence 466, note précitée.

(٣) CORNU: De l' énormité des peines stipulées en cas d' inexécution partielle du contrat de crédit-bail. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1971, p. 167. FURKEL, note précitée.

(٤) ALFANDARI, op. cit., No 7.

إنفراد الشركة الممولة بتحديد التعويض الإتفاقى ، لكن فى هذه الحالة يثور تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد اذعان وبالتالى يثور مدى إعتبار الشرط الجزائى من قبيل الشروط التعسفية . وإذا أجيز للقاضى تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء المدين من الإلتزام بها لا يكون ذلك على أساس من التعسف فى إستعمال الحق . وبعبارة أخرى تمثل إثارة الشروط التعسفية طعنا فى ثبوت الحق للدائن ، سواء من حيث المبدأ أو من حيث النطاق ، بينما تمثل إثارة التعسف فى إستعمال الحق طعنا فى كيفية إستخدام الدائن للمكنات التى يقررها له الحق دون أدنى إعادة نظر فى ثبوت هذا الحق له .

٥٠٦ – ومن جانب ثان تفتقد فكرة التعسف فى إستعمال الحق فى شأن الشرط الجزائى إلى الموضوعية . فعلى ضوء ما ذهب إليه أنصار هذه الفكرة لا تكون الشركة الممولة متعسفة فى إستعمال حقها إلا إذا جاء فسخ العقد بعد مدة قليلة من إبرامه . وبمفهوم المخالفة لا يكون هناك تعسف من جانب الشركة إذا جاء الفسخ بعد مدة طويلة من إبرام العقد ، ذلك بالرغم من أن كيفية تحديد التعويض واحدة فى الفرضين . ولا يمكن الإقرار بتوافر التعسف من عدمه على ضوء التاريخ الذى يتقرر فيه الفسخ . صحيح أن شركة التأجير التمويلى هى التى تعمل الشرط الفاسخ الصريح بإرادتها المنفردة إلا أن إستحقاق التعويض الإتفاقى لا يكون إلا فى حالة إخلال المستفيد بالتزاماته العقدية ، مما يترتب عليه أن الشركة لا تتحكم بصفة مطلقة فى تحديد تاريخ فسخ العقد فى الحالات التى يكون فيها التعويض الإتفاقى مستحقا .

إن لتاريخ فسخ عقد التأجير دلالته على حالة الأصل الذى تسترده شركة التأجير التمويلى مما يكون له إنعكاسه على قيمته السوقية وقت الإسترداد . ففى حالة الفسخ بعد مدة قليلة من إبرام العقد لا يزال الأصل جديدا نسبيا لم يتعرض للإهلاك بفعل الإستعمال على نحو مؤثر ، وتستطيع الشركة الممولة بالتالى التصرف فيه بشروط ملائمة . أما إذا تقرر الفسخ بعد مدة طويلة نسبيا من تاريخ إبرام العقد فلا شك فى تأثر حالة الأصل ، وبصفة خاصة إذا كان من المنقولات ، بفعل إستعمال المستفيد له . وقد يترتب على ذلك أن تجد شركة التأجير التمويلى بعض الصعوبات فى التصرف فيه بالبيع أو التأجير . لذلك يقرر أنصار التعسف فى إستعمال الحق أن التعسف يكون أكثر

جلاء فى الحالة الأولى عنه فى الحالة الثانى .

٥٠٧ - إلا أن دلالة تاريخ فسخ العقد لا تقتصر على حالة الأصل الذى تسترده شركة التأجير التمويلى : وإنما يتوقف عليه أيضا عدد أقساط الأجرة التى تكون الشركة قد إستوفتها قبل فسخ العقد وما يمثله ذلك من إهلاك لرأسمالها . فالفسخ فى وقت مبكر دليل على عدم إستيفاء إلا عدد ضئيل من أقساط الأجرة وبالتالى إهلاك جانب ضئيل من رأس المال . فى حين أن الفسخ فى وقت متأخر دليل على إستيفاء عدد كبير من أقساط الأجرة وبالتالى إهلاك جانب كبير من رأس المال . وهنا نأتى إلى الجانب الثالث لإنتقاد فكرة التعسف فى إستعمال الحق كأساس لإعفاء المستفيد من الإلتزام بدفع التعويض الإتفاقى : ذلك أن ما يعيبه أنصار تلك الفكرة على شركة التأجير التمويلى لا هو إستردادها للأصل فى حد ذاته ولا هو إقتضاؤها التعويض الإتفاقى فى ذاته أيضا وإنما هو الجمع بين الميزتين . وحيث لم يكن فى إمكانهم الطعن فى إسترداد الأصل ، كنتيجة منطقية لفسخ عقد الإيجار ، توجه إعتراضهم إلى كيفية تحديد التعويض الإتفاقى وإعتبار الشركة الممولة متعسفة فى هذا الصدد . وبعبارة أخرى إذا كانت شركة التأجير التمويلى قد تعهدت بالتخلى عن الأصل إلى المستفيد عند إستيفائها التعويض الإتفاقى لما طعن أنصار التعسف فى إستعمال الحق فى الشرط الجزائى .

(د) سلطة القاضى فى تعديل الشرط الجزائى :

٥٠٨ - إزاء عجز عملاء شركات التأجير التمويلى فى الحصول على حماية القضاء عن طريق إبطال الشرط الجزائى ، أثيرت مدى سلطة القاضى فى تعديل الشرط الجزائى بخفضه حتى يصير ملائما للأضرار الفعلية التى تلحق بشركة التأجير التمويلى بسبب فسخ العقد .

وحيث أن القضاء الفرنسى إتجه إلى تطبيق مبدأ عدم جواز تعديل الشرط الجزائى تطبيقا صارما ، وذلك قبل تعديل المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى عام ١٩٧٥ ، إستند البعض إلى طبيعة الإذعان فى عقد التأجير التمويلى لمطالبة القضاء

بخفض التعويض الإتفاقى . بينما إستند البعض الآخر إلى المادة ١٢٣١ من التقنين المدنى التى تجيز للقاضى خفض التعويض الإتفاقى بالنظر إلى ما تم تنفيذه من الإلتزام الأصلى بصفة جزئية .

١ - الإذعـــــان :

٥٠٩ - ينقسم الفقه الفرنسى فيما بينه حول تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد إذعان . ويستند أنصار الإذعان إلى ما يشهده العمل من تقديم شركات التأجير التمويلى نماذج العقود التى تنفرد بطبع شروطها العامة إلى عملائها [١] ، وما يتضمنه العقد من شروط ما كان ليقبلها المستفيد إذا تقررت له سلطة المساومة عليها أهمها الشروط الخاصة بالفسخ وما يقترن بها من شرط جزائى وشروط الإعفاء من الضمان والشروط الخاصة بتحمل تبعة الهلاك [٢] . ويشير البعض إلى حاجة المستفيد الملحة إلى التمويل وخضوعه للشروط التى تفرضها عليه شركة التأجير التمويلى تحقيقا لمصالحها ، مما يعد تعبيرا عن تفاوت القوة الإقتصادية بين الشركة والمستفيد [٣] .

---

(١) CROIZAT, op. cit., p. 121. CAPORALE, op. cit., 11. BAKOUKA, op. cit., p. 53. FURKEL: JCP 1971 II 18282, note précitée.

(٢) CALAIS-AULOY, op. cit., No 103. CORNU, op. cit., p. 170. VIATTE: Jounal des Notaires et des Avocats, 1969, 49262, note précitée. SOLAL: Le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 99. BERLIOZ: Le contrat d' adhésion, LGDJ, Paris, 1976, p. 38 No 59. BACHASSON, op. cit., p. 169 No 184. HARICHAUX-RAMU, op. cit., p. 218 No 5.

(٣) SOLAL: Le crédit-bail mobilier, op. Cit., p. 286. HARICHAUX-RAMU, op. Cit., p. 218 No 5. BACHASSON, op. cit., p. 169 No 184.

ويمكن ان نضيف إلى قائمة الشروط التعسفية التى تفرضها الشركة على المستفيد الزامه بجميع اعمال الصيانة ، وتحمله عبء التأمين على الأصل ، وتقديم ضمانات عديدة للوفاء بالاجرة وبالإضافة إلى جميع التزاماته المتعلقة بضمان فعالية حق الملكية المقرر كضمان لمصلحة الشركة الممولة .

ويرى البعض أن درجة الإذعان تتفاوت بين عقود التأجير التمويلى للمنقولات وعقود التأجير التمويلى العقارى حيث يزداد جلاؤه فى الطائفة الأولى من العقود عنه في الطائفة الثانية منها [١] . ومع ذلك رأينا أن المضمون الإتفاقى لعقد التأجير التمويلى لا يختلف في جوهره بين ما إذا كان واردا على منقول أو ورادا على عقار .

وعلى النقيض من ذلك يرى جانب آخر من الفقه الفرنسى غياب طابع الإذعان فى عقد التأجير التمويلى . ذلك أنه لا يمكن القول بسلب حرية المستفيد عن المشاركة فى تحديد المضمون الإتفاقى للعقد وهو الذى يختار الأصل ويحدد أوصافه ومصدر الحصول عليه بكامل حريته ودون تدخل من الشركة الممولة [٢] . بل ان المستفيد هو الذى يتحكم فى تحديد نوع المخاطر التى تتعرض لها شركة التأجير التمويلى ، وبالتالى لا يأتى إنفرادها بتحديد جانب من شروط العقد الا تعبيرا عن ضرورة تحقيق التوازن الإقتصادى والقانونى بين أداءات الطرفين [٣]. يضاف إلى ذلك أن كثيرا من شروط العقد يكون محلا للمساومة الحقيقية مثل الإتفاق على الأصل محل الإيجار وبالتالى تحديد قمة التمويل والإتفاق على معدلات أقساط الأجرة وشروط التأمين على الأصل وغيرها من الشروط الأخرى [٤] . وأخيرا يشير البعض إلى أنه فى مقدور المستفيد تقدير مزايا عقد التأجير التمويلى وأعبائه إبتداء ، وبالتالى لا يجوز له إدعاء سلب حريته أو إنتهاكها فى تحديد المضمون الإتفاقى فى كل مرة تحيد آثاره عما كان يأمله المستفيد منه [٥] .

---

(١) GIOVANOLI, op. cit., p. 278 No 344.

(٢) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 38.

(٣) BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op. cit., Fasc. 652, No 7.OUERDRAOGO, op. cit., p. 229.

(٤) BEY: JCP 1979 II 19212, note sous Cour d' appel de Paris, 23° chambre, 6 mars 1979.

(٥) CREMIEUX- ISRAEL, op. cit., p. 274.

ودون الدخول فى مناقشة تفصيلية للإتجاهين المتقدمين [١] ، نشير إلى أن عقد الإذعان فى مفهوم الفقه الفرنسى الغالب هو ذلك العقد الذى تنتفى فيه المساومة على شروطه أو بعبارة أخرى هـو الذى يتسم بغياب التفاوض حول مضمونـه الإتفاقى [٢] . ويجد الإذعان مصدره فى الغالب فى تفاوت القوة الإقتصادية لطرفى العقد [٣] ، وأحيانا فى تفوت الدراية والخبرة الفنية بينهما [٤] . ومما يزيد من حدة الإذعان لجوء الطرف المذعن فى الغالب إلى التعاقد تحت تأثير حاجة ملحة فى الحصول على السلعة أو الخدمة محل العقد [٥] .

ويتضح من ذلك أن الإنفراد بتحديد المضمون الإتفاقى للعقد هو الشرط الجوهرى الواجب توافره لإعتباره من عقود الإذعان [٦] ، وربما يرجع هذا الإطلاق لمفهوم عقد الإذعان إلى غياب حكم القواعد العامة الذى يقرر للقضاء سلطة مراجعة عقود الإذعان والحد من آثار الشروط التعسفية الواردة فيها . ولكن فى ظل هذا المفهوم لا شك فى وجوب إعتبار عقد التأجير التمويلى من عقود الإذعان لإنفراد الشركة الممولة بتحديد مضمونه الإتفاقى .

٥١٠ - وإستنادا إلى طابع الإذعان فى عقد التأجير التمويلى نادى البعض بوجوب تدخل القاضى بخفض التعويض متى إتضح من كيفية تحديده مدى إعتبار

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع الفقرة المخصصة فى رسالتنا للدكتوراه حول طابع الاذعان فى عقد التأجير التمويلى ، سابق الاشارة إليها ، ص ١٢٣ وما بعدها .

(٢) MAZEAUD et CHABAS: Leçons de Droit civil, op. cit., 2,1° volume, p. 68 No 87. STARCK: Droit civil, op. cit., p. 364 No 1120.

(٣) STARCK, op. cit., p. 364 Mo 1123. BERLIOZ, op. cit., p. 29 et s. BENAC - SCHMIDT, op. cit., p. 27.

(٤) BRICKS: Les clauses abusives, LGDJ, Paris, 1982, p. 115.

(٥) BERLIOZ, op. cit., p. 21 No p. 25.

(٦) حول دراسة تفصيلية لموقف الفقه والقضاء الفرنسيين من ظاهرة عقود الاذعان وتعريفها انظر رسالة عبد المنعم فرج الصدة : فى عقود الاذعان فى القانون المصرى . دراسة فقهية وقضائية ومقارنة ، رسالة للدكتوراه فى الحقوق ، جامعة فؤاد الأول (القاهرة حاليا) ، ١٩٤٦ ، ص ٥٨ وما بعدها .

الشرط الجزائى من الشروط التعسفية [١] . وإستجاب بعض القضاء لهذا النداء [٢] ، مما أثار إنتقاد أنصار غياب الإذعان فى عقد التأجير التمويلى [٣] . بينما أشار البعض إلى ما يكمن فى الإستناد إلى فكرة الإذعان من خطورة إذ تجيز للقاضى ليس مجرد خفض التعويض الإتفاقى وإنما إعفاء المستفيد من الإلتزام بدفعه ، وهو ما يلحق بشركة التأجير التمويلى ضرر أكيد [٤] .

ومع ذلك يلاحظ أنه ليس هناك الزام على القاضى بمراجعة عقود الإذعان ، إذ لا تقرر القواعد العامة فى القانون الفرنسى هذه السلطة للقضاء . وإذا قيل بأن للقاضى النفاذ عبر مبدأ وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وذلك من أجل الحد من آثار الشروط التعسفية [٥] ، فلن يفضى الأمر إلى إعفاء المستفيد من دفع التعويض متى ثبتت مسئوليته عما لحق شركة التأجير التمويلى من أضرار ، وإن كان من الممكن رد التعويض الإتفاقى إلى حدود معقولة . ولكن فى هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى جواز تفسير وجوب تنفيذ العقود بحسن نية فى ظل المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى والتى كانت تقضى ، قبل تعديلها ، بعدم جواز تعديل الشرط الجزائى ، على نحو يسمح للقاضى بخفض التعويض الإتفاقى إستنادا إلى طابع الإذعان فى عقد التأجير التمويلى . ولا نرى مع قطعية دلالة نص المادة ١١٥٢ ما يسمح بالخروج عليها عن طريق تفسير مبدأ حسن النية على النحو المتقدم .

٢ - تنفيذ التزام المستفيد تنفيذا جزئيا :

٥١١ - رأينا أن القضاء الفرنسى فى عمومه لم يستجب للإدعاءات الرامية إلى الحد من آثار الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى . فقد إستقر على تطبيق مبدأ

---

(١) BACHASSON, op. cit., p. 244 No 259.

(٢) Cour d' appel d' Aix - En - Provence, 10 juin 1971, inédit, cité par CAPORALE, op. cit., p. 305.

(٣) BEY: Une forteresse..., op. cit., p. 208.

(٤) CAPORALE, op. cit., p. 304.

(٥) فى هذا المعنى : BRICKS, op. cit., p. 20.

عدم جواز تعديل الشرط الجزائى تطبيقا صارما لم تفلح معه جل الفكر التى أثيرت حول صحة الشرط الجزائى أو حول جواز تعديله .

وإزاء عدم فلاح تلك الإدعاءات التى دارت حول إضفاء قدر من المرونة على حكم المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، ظن عملاء شركات التأجير التمويلى أن فى تطبيق المادة ١٢٣١ من التقنين تحقيقا للمراد وحدا من الآثار الوخيمة المترتبة على تطبيق الشرط الجزائى بمضمونه المطلق .

وتقضى المادة المشار إليها بأنه يجوز للقاضى تعديل الشرط الجزائى إذا نفذ الإلتزام الأصلى فى جزء منه . ولقد إستقرت محكمة النقض الفرنسية من زمن بعيد على أن تنفيذ الإلتزام القابل للإنقسام تنفيذا جزئيا هو الذى يبرر إعمال المادة ١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى ، على إعتبار أن تخفيض التعويض الإتفاقى إلى النسبة التى تتفق مع الجزء الباقى دون تنفيذ من الإلتزام الأصلى فيه إحترام لإرادة الطرفين لما ينتج عن التنفيذ الجزئى مع نفع للدائن [(١)] .

ويتضح من ذلك أنه لإعمال حكم المادة ١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى يجب أن يكون التعويض الإتفاقى قد تقرر لمواجهة عدم تنفيذ الإلتزام الأصلى كلية ، إذ فى هذه الحالة وحدها لا يكون إستحقاق التعويض بالكامل مبررا إذا نفذ الإلتزام فى جزء منه . أما إذا كان الطرفان عند تحديدهما للتعويض قد واجها فرض التنفيذ الجزئى للإلتزام لم يعد هناك مجال للقول بجواز خفض التعويض تطبيقا للمادة ١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى [(٢)] .

٥١٢ - وتطبيقا لذلك فى مجال عقد التأجير التمويلى ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى أن طرفى العقد واجها فى حقيقة الأمر فرض التنفيذ الجزئى لإلتزام المستفيد الأصلى بدفع أجرة التأجير التمويلى . فالتعويض الإتفاقى يتحدد دائما بما

---

(١) Cassation civile, 3 février 1937, Dalloz Hebdomadaire 1938, Sommaires 11.

(٢) SOLAL: Le crédit - bail mobilier, op. cit., p. 296.

يتبقى من أقساط الأجرة أو بنسبة محددة منها ، مما يترتب عليه تحديد التعويض على ضوء ما تم الوفاء به من أقساط الأجرة إلى أن تقرر فسخ عقد التأجير التمويلى [١] .

ومن جانب آخر تبلورت نظرية عدم قابلية التزام المستفيد بدفع الأجرة للإنقسام على يد المختاريه ، وإستبعد بناء عليها تطبيق المادة ١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى التى لا تنطبق كما ذكرنا إلا بصدد الإلتزامات التى تقبل الإنقسام . فقد ذهب فى كتاباته المختلفة إلى أن الإلتزامات غير القابلة للإنقسام الناشئة عن عقد التأجير التمويلى لا يتحدد نطاقها ، سواء من الوجهة الإقتصادية أى بالنظر إلى مدة الإنتفاع أو من الوجهة المالية أى بالنظر إلى إرباحية الصفقة أو من الوجهة الضريبية أى مدة إهلاك الأصل ، إلا على ضوء مدة العقد التى تكون بالضرورة غير قابلة للإلغاء [٢] . وحيث يتقرر للمستفيد حق تملك الأصل فى نهاية مدة العقد تتميز أقساط الأجرة فضلا عن ثمن التملك بطابعها المالى المحض ، فالأجرة بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى تسمح بإهلاك رأس المال وتحقيق الربح المنشود ولا تمثل مجرد مقابل إنتفاع المستفيد بالأصل المؤجر . ويترتب على ذلك أن تكون التزامات المستفيد بالحتم غير قابلة للإنقسام [٣] .

وبالنظر إلى الطابع المركب لعقد التأجير التمويلى وما يرمى إليه الطرفان من تفاعل العناصر القانونية الداخلة فى تكوينه ، يتأكد إتجاه نية الطرفين إلى إعتبار الإلتزامات الناشئة عن العقد غير قابلة للإنقسام [٤] . وبعبارة أخرى يكون تنفيذ عقد

---

(١) CAPORALE, op. cit., p. 331. BAKOUKA, op. cit., p. 168. CORNU, op. cit., p. 169. DESSENS. note précitée. BOCCARA: La liquidation de la clause pénale (La querelle séculaire de l' article 1231 du Code Civil relancée à propos des contrats de leasing), JCP 1970 CI 89420.

(٢) BEY: De la symbiotique..., op. cit, p. 207.

(٣) BEY: et GAVALDA: Le crédit - bail mobilier, op. cit., p. 101.

(٤) BEY: Une forteresse..., op. cit., p. 180.

التأجير التمويلى غير قابل للإنقسام لإنصراف نية المتعاقدين إى ذلك [1] .

وما دامت الإلتزامات العقدية غير قابلة للإنقسام فى نظر الطرفين لا يؤثر فى ذلك تنفيذها بصورة متتابعة أو تنفيذ أحدها بصفة جزئية [2] . ومعنى ذلك أن تراخى تنفيذ الإلتزامات في الزمان يقتصر أثره على إستحقاقها دون أن يؤثر على وجود الإلتزام ذاته . ويلاحظ أن هذا التخريج يكون صحيحا بالنسبة إلى العقود الفورية التى يتراخى تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنها أو بعضها فى الزمان ، كعقد القرض أو عقد البيع بالتقسيط . ومع ذلك لا يحول إستيفاء المقرض لجزء من أصل القرض أو إستيفاء البائع لجزء من الثمن دون إمكانية تطبيق المادة ١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى وخفض التعويض الإتفـــاقى [3] .

وإذا كانت الطبيعة المالية لعقد التأجير التمويلى تضفى عليه صفة العقد الفورى إلا أن ذلك يتعارض مع تكييفه بأنه فى جوهره عقد إيجار . ففى العقود الزمنية تتقابل الإلتزامات المتبادلة فى نشوئها فى الزمان بمعنى أن الإلتزام الرئيسى لأحد العاقدين لا ينشأ إلا مع نشأة الإلتزام الرئيسى المقابل له . وتطبيقا لذلك فى مجال الإيجار لا يستحق قسط من الأجرة إلا عن مدة الإنقطاع المقابلة له . فكل مدة من الإنتفاع يقابلها قسط من الأجرة ، ولا يمكن القول بإستحقاق جميع اقساط الأجرة إذا لم يقابلها إنتفاع بالعين المؤجرة فى كامل المدة المتفق عليها .

إلا أن المختاربيه ، وهو من أنصار تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد إيجار ، يحاول تفسير عدم قابلية التزام المستفيد بدفع الأجرة للإنقسام على ضوء الإعتبارات المالية السائدة فى العقد . أما الإستناد إلى نية المتعاقدين لإضفاء عدم القابلية للإنقسام

---

(١) BEY: Les aspects juridiques..., op. cit., No 52.

(٢) BEY: Une forteresse..., op. cit., p. 180.

(٣) GIOVANOLI, op. cit., p. 251 No 314.

على ذلك الإلتزام فقد كان جائزا فى نظره قبل تدخل المشرع الفرنسى بتعديل ١٩٧٥ ، أى فى وقت لم يكن فيه حكم المادة ١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى يتعلق بالنظام العام . أما وقد صار بعد ١٩٧٥ من النظام العام لم يعد فى الإمكان الإستناد إلى نية المتعاقدين ، مما يفسر إصرار الكاتب على إعتبار التزام المستفيد بدفع الأجرة غير قابل للإنقسام بطبيعته [١] .

٥١٣ - ولقد أيد جانب من الفقه الفرنسى نظرية عدم القابلية للإنقسام كما صاغها المختاربيه [٢] . بينما إنتقدها البعض إستنادا إلى قابلية الإلتزامات العقدية للإنقسام بطبيعتها إذا كان العقد يرتب أداءات متبادلة ومتعاقبة التنفيذ من جانب [٣] ، ولأن نظرية المختاربيه تخلط من جانب آخر بين عدم قابلية العقد للإنقسام وعدم قابلية الإلتزام للإنقسام . فعقد التأجير التمويلى بما يدخل فى تكوينه من عناصر قانونية متعددة لا يقبل الإنقسام ، لكن التزام المستفيد بدفع الأجرة يكون بطبيعته قابلا للإنقسام [٤] .

ولقد تأثر القضاء الفرنسى بالخلاف الدائر فى الفقه حول تطبيق المادة ١٢٣١ من التقنين المدنى فى مجال التأجير التمويلى . فذهبت بعض الأحكام إلى تطبيق هذه

---

(١) BEY: JCP 1977 II 18567, note sous Cour d' appel d' Amiens, 2° chambre, 23 novembre 1976.

(٢) ALFANDARI, op. cit., No 15. CREMIEUX - ISRAEL, op. cit., p. 101. HEMARD: Ventes, transports et autres contrats commerciaux, op. cit., 1971, No 20. OUERDRAOGO, op. cit., p. 318. POUSSIER, op. cit., 2° partie chapitre II, p. 34.

(٣) VIATTE: note sous Cassation commerciale, 13 novembre 1969, Journal des Notaires et des Avocats, 1971, 49962, p. 384. CAPORALE, op. cit., p. 342.

(٤) VIATTE: note sous Cour d' appel de Toulouse, 8 mai 1970, journal des Notaires et des Avocats, 1971, 49995, p. 459. GAVALDA, op. cit., 2° cahier, No 43.

المادة وخفض التعويض الإتفاقى إستنادا إلى غياب الإستبعاد الصريح لها فى عقد التأجير التمويلى [1] . بينما لم تشترط بعضها الآخر وجوب الإتفاق صراحة على إستبعاد حكم المادة ١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى ، ومع ذلك لم تجد فى تحديد التعويض بأقساط الأجرة المتبقية دليلا على مواجهة الطرفين فرض تنفيذ الإلتزام تنفيذا جزئيا ، وقامت بخفض التعويض الإتفاقى [2] .

وعلى عكس ذلك إتجهت بعض الأحكام إلى رفض تطبيق المادة ١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى على الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى ، وقد تبنى جانب منها نظرية عدم قابلية التزام المستفيد بدفع الأجرة للإنقسام [3] . بينما ذهب الجانب الآخر إلى أن طرفى العقد قد واجها فرض تنفيذ الإلتزام الأصلى فى جزء منه من خلال تحديدهما للتعويض الإتفاقى على ضوء ما يكون متبقيا من أقساط الأجرة لم يوف بها المستفيد بسبب فسخ العقد [4] .

---

(١) Tribunal de Grande Instance de Bergerac, 26 mars 1969, note précitée de VIATTE. Tribunal de commerce de Grenoble, 12 mai 1969, note précitée de BOCCARA. Cour d' appel de Paris, 15° chambre, 21 janvier 1970, Dalloz 1970, Sommaires 224. Cour d' appel de Paris, 5° chambre, 27 juin 1970, JCP 1970 II 16576, note BOUBLI. Tribunal de Grande Instance de Digne, 17 février 1971, inédit, Cité par BEY: JCP 1971 II 16860.

(٢) Cour d' appel de Rouen, 7 avril 1970, Dalloz 1970 Jurisprudence 676, note TROCHU. Cour d' appel de Grenoble, 31 mars 1971, inédit, cité par CAPORALE, op. Cit., p. 342. Cour d' appel de Rennes, 23 février 1972, Gazette du Palais, 1973, 692, note HOVASSE.

(٣) Tribunal de Grande Instance du Havre, 5 juin 1969, note précitée de VIATTE. Cour d' appel de Toulouse, 8 mai 1970, note précitée de VIATTE.

(٤) Cour d' appel de Riom, 11 mars 1970, Gazette du Palais, 1971, 1, 232. Cour d' appel de Grenoble, 16 avril 1970, ibid.

ولقد تعرضت محكمة النقض الفرنسية للأمر فى عدة أحكام متعاقبة لها . وفيها قضت بعدم جواز تعديل التعويض الإتفاقى تطبيقا للمادة ١٢٣١ من التقنين المدنى إذا كان طرفا العقد قد حددا التعويض على ضوء قيمة الأقساط المتبقية ، مما يعنى أنهما قد واجها فرض التنفيذ الجزئى لإلتزام المستفيد بدفع الأجرة (١) .

ويتضح من ذلك أن كيفية تحديد التعويض بموجب الشرط الجزائى تكفى لإستبعاد تطبيق المادة ١٢٣١ وسلب القاضى كل سلطة فى خفض ذلك التعويض . ولم يعد من اللازم فى شيء الدفع بعدم قابلية التزام المستفيد للإنقسام . وجدير بالإشارة فى هذا الصدد أن محكمة النقض الفرنسية تعرضت لهذا الدفع فى عام ١٩٧٧ ، أى بعد تعديل ١٩٧٥ وصيرورة حكم المادة ١٢٣١ من النظام العام . وقد رفضت المحكمة العليا فى حكمها نظرية عدم قابلية الإلتزام للإنقسام (٢) .

(٢)تعديل الشرط الجزائى فى ظل قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ :

٥١٤ – رأينا كيف ترددت محاكم الموضوع فى بسط حمايتها على المستفيد عندما طالب بالحد من آثار الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى . وبرز لنا دور محكمة النقض الفرنسية فى حسم جل إدعاءات المستفيد برفضها .

وإزاء الإعتراضات العنيفة التى وجهت ضد ممارسات شركات التأجير التمويلى فى شأن تحديد التعويض الإتفاقى عن الفسخ ، ونظرا لما تشهده عقود أخرى من تعسف طرفها الأقوى فى هذا الصدد ، تدخل المشرع الفرنسى بموجب القانون رقم ٧٥ – ١٥٩٧ بتاريخ ٩ يوليو ١٩٧٥ وقام بتعديل المادتين ١١٥٢و ١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى .

---

(١) Cassation commerciale, 13 novembre 1969, note précitée de VIATTE. Cassation civile , 3° chambre, 5 mars 1970, JCP 1971 II 16581, note BOCCARA. Cassation civile, 3° chambre, 30 juin 1971, JCP 1971 II 16860, note BEY.

(٢) Cassation commerciale, 20 juin 1977, JCP 1979 II 19117, note BEY.

ويجب علينا على ضوء نطاق التعديل ومضمونه بحث ما إذا كان قد تقرر للقاضى سلطة إعادة النظر فى الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى . ثم بفرض ثبوت هذه السلطة يجب تحديد الضوابط التى يمكن للقاضى على ضوئها تعديل الشرط الجزائى .

(أ) حدود تعديل ١٩٧٥ فى مجال التأجير التمويلى :

٥١٥ - من الملاحظ أولا أن المادتين ١١٥٢ و١٢٣١ تردان ضمن الأحكام العامة للعقود والإلتزامات فى التقنين المدنى الفرنسى . وبالتالى يجب تطبيقهما ، بما ورد عليهما من تعديل ، على العقود كافة أياً كان نوعها ومضمونها الإتفاقى . ولا يرد على ذلك من تحفظ إلا حالة وجود نص خاص بأحد العقود يتضمن حكما خاصا بالشرط الجزائى الذى قد يرد به مغايرا لحكم القواعد العامة .

وإذ لا يتضمن قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ الخاص بالتأجير التمويلى أى نصوص خاصة بالشروط الجزائية الواردة بالعقود فإن حكم المادتين ١١٥٢ و ١٢٣١ من التقنين المدنى الفرنسى يشملها .

وجدير بالإشارة إلى أن التعديل الذى أجراه المشرع الفرنسى على المادتين المشار إليها بدا فى نظره عاجزا عن ردع كافة الممارسات البغيضة المتعلقة بفرض الشروط الجزائية وكيفية تحديدها للتعويض . ففى مجال حماية المستهلك تدخل المشرع بالقانون رقم ٧٨ - ٢٢ بتاريخ ١٠ يناير ١٩٧٨ فى شأن إعلام وحماية المستهلكين فى مجال بعض عمليات الإئتمان [١] ، ونص على بطلان الشروط الجزائية الواردة فى العقود الخاضعة لأحكامه . وقد تولى المشرع بنفسه تحديد التعويض المستحق بموجب اللائحة رقم ٧٨ - ٣٧٣ بتاريخ ١٧ مارس ١٩٧٨ [٢] المعدلة بموجب اللائحة رقم

---

(١) حول هذا القانون انظر : : GAVALDA: L' information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, Dalloz 1978, Chronique 189.

(٢) Journal Officiel, 22 mars 1978. JCP 1978 III 47062.

٨٧ - ٣٤٤ بتاريخ ٢١ مايو ١٩٨٧ [١] .

٥١٦ - أما عن أحكام قانون ١٩٧٥ فلم يترتب على التعديل التشريعى الغاء مبدأ عدم جواز تعديل الشرط الجزائى ، فلا زاله الأصل فى التطبيق فى شأن التعويض الإتفاقى . إلا أن القانون أضاف فقرتين إلى المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى تم بموجبهما القضاء على إطلاق المبدأ الذى أقره القضاء الفرنسى دائما وجعله يطبق المبدأ تطبيقا صارما . وصار من سلطة القاضى خفض التعويض الإتفاقى المبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، كما يجوز له زيادة التعويض البخس إلى ذرجة كبيرة [٢] . ويتعلق حكم المادة ١١٥٢ بموجب قانون ١٩٧٥ بالنظام العام فلا يجوز للأطراف الإتفاق على إستبعاد سلطة القاضى فى تعديل الشرط الجزائى [٣] .

ومع ذلك لم يكن يحق للقاضى أن يحكم بخفض التعويض أو زيادته من تلقاء نفسه ، إلى أن صدر القانون رقم ٨٥ - ١٠٩٧ بتاريخ ١١ أكتوبر ١٩٨٥ [٤] ، وأصبح للقاضى سلطة خفض التعويض أو زيادته ولو لم يتقدم المدين أو الدائن بحسب الأحوال بطلب الخفض أو الزيادة .

ويلاحظ أن القانون أجاز للقاضى تعديل الشرط الجزائى بالخفض أو الزيادة ، لكنه لم يلزمه بذلك . فالأمر إذن متروك لسلطته التقديرية ويجب عليه تقدير كل حالة على حدة عند الحكم بالخفض أو الزيادة أو رفضه . ولكن فى كل الأحوال لا يجوز للقاضى خفض التعويض ما لم يكن مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، كذلك لا يستطيع زيادته إلا إذا كان بخسا إلى درجة كبيرة . ويتمتع القاضى بسلطة تقديرية كاملة فى

---

(١) Journal Officiel, 29 mai 1987. Dalloz 1987, Législation 218.

(٢) يستخدم المشرع الفرنسى للدلالة على التعويض المبالغ فيه إلى درجة كبيرة عبارة Peine manifestement excessive، وللدلالة على التعويض البخس إلى درجة كبيرة عبارة Peine manifestement dérisoire.

(٣) BOCCARA: la réforme de la clause pénale: conditions et limites de l' intervention judiciaire, JCP 1975 I 2742, No 7.

(٤) Journal Officiel, 15 octobre 1985.

تحديد ما إذا كان التعويض مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو إذا كان بخسا إلى درجة كبيرة .

٥١٧ - ومع صدور قانون ١٩٧٥ أصبح حكم المادة ١٢٣١ من التقنين المدني الفرنسي يتعلق هو الآخر بالنظام العام [١] . ويستطيع القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه منذ صدور قانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥ ، سابق الإشارة إليه .

إلا أن المشرع الفرنسي لم يعدل من جوهر مضمون تلك المادة . فلا يجوز تطبيقها إلا في حالة تنفيذ الإلتزام الأصلي في جزء منه ، كذلك ليس هناك مجال لتطبيقها إذا كان الطرفان قد واجها عند تحديد التعويض فرض التنفيذ الجزئي للإلتزام . وسرعان ما قضت محاكم الموضوع بعدم تطبيق المادة ١٢٣١ على عقد التأجير التمويلي [٢] ، وأيدتها في ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكمين لها [٣] .

ويؤيد البعض ما ذهبت إليه محكمة النقض على إعتبار أن في العقود ذات التنفيذ المتعاقب يتحقق التنفيذ الجزئي بمجرد الوفاء بأحد الأقساط ، وحيث أن التعويض الإتفاقي يأخذ في إعتباره ما تم الوفاء به من أقساط إذ يتحدد على ضوء قيمة الأقساط المتبقية أي أن التعويض يتوقف دائما على قدر عدم التنفيذ ويناسبه . ولا يسمح المشرع للقاضي إلا بخفض التعويض إلى الدرجة التي يتفق فيها مع قدر عدم التنفيذ ولا يجوز له خفض التعويض إلى أكثر من ذلك . إلا أن الرأي المتقدم أشار إلى إنعدام كل جدوى لتعديل ١٩٧٥ فيما يتعلق بالشروط الجزائية الواردة بعقود التأجير التمويلي [٤] .

ومع ذلك يمكن للقاضي خفض التعويض الإتفاقي إذا كان مبالغا فيه إلى درجة

---

(١) BOCCARA: La réforme..., op. cit., No 7.

(٢) Cour d' appel d' Amiens, 23 novembre 1976, JCP 1977 II 18567, note BEY

(٣) Cassation commerciale, 21 juillet 1980, Dalloz 1981, jurisprudence 335, note CHABAS. Cassation commerciale, 5 novembre 1981, Bulletin Civil, 1981, IV, 380.

(٤) CHABAS, note précitée.

كبيرة تطبيقا للمادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى . وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية فى أكثر من مناسبة [١] . وإذ يتعلق حكم هذه المادة بالنظام العام لا يجوز لطرفى عقد التأجير التمويلى الإتفاق على إستبعاده . وعند صدور قانون ١٩٧٥ تشكك البعض فى جدوى إعتبار نص المادة ١١٥٢ متعلقا بالنظام العام : ذلك أن مفهوم النظام العام يحول دون النزول مقدما عن الحق فى مطالبة القاضى بخفض الشرط الجزائى ، لكنه لا يحول دون النزول اللاحق عنه . وبما أنه يتقرر للمستفيد حق مطالبة القاضى بخفض الشرط الجزائى فور إبرام عقد التأجير التمويلى يمكن له النزول عن ذلك الحق قبل نشوء النزاع وعرضه على القضاء [٢] . ولا يخفى ما فى هذا الرأى من خشية أن تتمكن شركة التأجير التمويلى من إنتزاع نزول المستفيد عن الحق فى تاريخ لاحق على إبرام عقد التأجير التمويلى . ولكننا نرى أن حق المستفيد فى المطالبة بخفض التعويض الإتفاقى لا يعد حقا مكتسبا له إلا عند إستحقاقه . ولا يكون التعويض مستحقا إلا عند فسخ التأجير التمويلى وبشرط رجوع الفسخ إلى إخلال المستفيد بتنفيذ التزاماته العقدية . وبالتالى تكون العبرة فى صحة النزول عن الحق أو عدم صحته بتاريخ المطالبة القضائية أى عرض النزاع امام القضاء . وبعبارة أخرى يكون النزول عن الحق السابق على النزاع باطلا فى حين يكون النزول عنه بعد النزاع صحيحا . ونرى من جانب آخر أن نزول المستفيد عن الحق المقرر له يسلبه إمكانية مطالبة القاضى بخفض الشرط الجزائى ، لكنه لا يحول دون إعمال القاضى للسلطة المقررة له فى هذا الصدد من تلقاء نفسه ، وذلك بعد أن صدر قانون ١١

---

(١) Cassation civile, 1° chambre, 24 juillet 1978, Dalloz 1978, I. R. 477. Cassation commerciale, 2octobre 1979, Dalloz 1980, Sommaires 382, Observations VASSEUR. Cassation commerciale, 9 juin 1980, Bulletin Civil, 1980, IV, 199. Cassation commerciale, 21 juillet 1980, note précitée de CHABAS. Cassation commerciale, 1° décembre 1980, Bulletin Civil, 1980, IV, 319. Cassation commerciale, 5 novembre 1981, Bulletin Civil, 1981, IV, 380.

(٢) BOCCARA: La réforme..., op. cit., No 7 et 8.

أكتوبر ١٩٨٥ ولم يعد تطبيق المادة ١١٥٢ يتوقف على إرادة أحد طرفى النزاع .

٥١٨ - نخلص مما تقدم أنه فى ظل قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ يكون للقاضى خفض الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى إذا تبين له أنه كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . ويستطيع القاضى خفض التعويض من تلقاء نفسه ، أى دون حاجة إلى طلب يتقدم به المستفيد . ولا أثر للتعديل التشريعى الخاص بأحكام الشرط الجزائى على مدى جواز تطبيق المادة ١٢٣١ من التقنين المدنى فى مجال التأجير التمويلى . فسواء قبل التعديل أو بعده إستقرت محكمة النقض الفرنسية على عدم تطبيق تلك المادة نظرا لمواجهة العقد فرض التنفيذ الجزئى لإلتزام المستفيد بدفع الأجرة .

ويجب علينا الآن بحث ما إذا كان التعويض عن الفسخ كما يحدده عقد التأجير التمويلى مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، وما هى الضوابط التى يمكن على ضوئها خفض التعويض ورده إلى حدوده المعقولة .

(ب) ضوابط خفض التعويض عن فسخ عقد التأجير التمويلى :

٥١٩ - لا يستطيع القاضى التدخل بتعديل الشرط الجزائى بخفضه ما لم يكن مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . ويثور التساؤل حول المنهج الواجب إتباعه لتحديد ما إذا كان التعويض الإتفاقى مبالغا فيه إلى درجة كبيرة .

يجب على القاضى أولا تقدير الضرر الفعلى الذى يلحق بشركة التأجير التمويلى [١] . ويذهب رأى فى الفقه إلى أن المبالغة إلى درجة كبيرة فى تحديد التعويض لا تقاس فقط بالنظر إلى الضرر الفعلى الذى يلحق بالشركة ، وإنما يجب عدم إغفال الطابع الجزائى أو الرادع للشرط الجزائى ودوره فى حمل المستفيد على الوفاء بالتزاماته العقدية [٢] . فالشرط الجزائى قد يبدو مبالغا فيه إلى درجة كبيرة بالنظر

---

(١) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 41.CABRILLAC, op. cit., No 92.

(٢) BEY: JCP 18567, note précitée. BACHASSON, op. cit., p. 256 No 269.

إلى الضرر الفعلى وحده ، والعبرة فيه بشخص شركة التأجير التمويلى . لكن الإعتداد بالدور الرادع للشرط الجزائى ، وهو ما يقدر بالنظر إلى شخص المستفيد قد يرده إلى حدود معقولة ينتفى معها إعتباره مبالغا فيه إلى درجة كبيرة فيمتنع على القاضى خفضه [١] . وقد أخذت محكمة إستئناف باريس بهذا النظر [٢] بقولها أنه على ضوء الدور الرادع للشرط الجزائى لا يعد التعويض الذى تتجاوز قيمته ثمن الأصل والذى يكون مستحقا بسبب فسخ العقد مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وذلك بالرغم من قيام المستفيد بدفع نصف أقساط الأجرة التى يلقيها العقد على عاتقه .

كذلك يرفض القضاء الفرنسى خفض الشرط الجزائى بناء على معايير ذاتية مثل حسن نية المستفيد أو مكانته الإقصادية [٣] ، أو مثل ما كان يميله مركزه المالى من وجوب المضى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى بدلا من إعمال الشرط الفاسخ الصريح الوارد به [٤] . فمعيار المبالغة إلى درجة كبيرة هو معيار موضوعى دائما ، لكنه معيار ذو شقين : الضرر الذى يلحق بشركة التأجير التمويلى من جهة ، والدور الرادع للشرط الجزائى من جهة أخرى [٥] .

٥٢٠ - ومع ذلك ينادى جانب من الفقه بوجوب أخذ بعض العناصر ، الذاتية منها والموضوعية ، فى الإعتبار . والمثال على ذلك حسن نية المستفيد . وطبقا لهذا الرأى لا يعد حسن النية معيارا لما يعد مبالغا فيه إلى درجة كبيرة لكنه عنصر ذو أثر فى حمل القاضى على خفض الشرط الجزائى متى تبين له أنه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . فالمشرع لم يسمح للقاضى بخرق القوة الملزمة للعقد ، المتمثلة فى مبدأ عدم

---

(١) BEY: JCP 1977 II 18567, note précitée.

(٢) Cour d' appel de Paris, 15° chambre A, 12 juillet 1978, Dalloz 1980, I. R. 466.

(٣) Cour d' appel de Paris, 5° chambre A, 11 mars 1987, Dalloz 1987, jurisprudence 492, note PAISANT.

(٤) Cassation commerciale, 2 octobre 1979, Dalloz 1980, I. R. 29.

(٥) Cassation civile, 1° chambre, 24 juillet 1978, Dalloz 1978, I. R. 477.

جواز تعديل الشرط الجزائى ، إلا لدفع وضع غير عادل عن المدين . وبالتالى ليس ثمة ما يمنع من الأخذ بالقـاعدة الأخلاقيــة التى تقضى بمنح المدين حسن النيـة مزايا لا تتقرر لمن كان سيء النية [١] .

كذلك يمكن للتنفيذ الجزئى للعقد الكشف عن الطابع المبالغ فيه إلى درجة كبيرة الذى يتسم به الشرط الجزائى الوارد به [٢] . وتجدر الإشـاره إلى أن هذا الرأى لا يهـدف إلى تطبيق المادة ١٢٣١ من التـقنين المدنى الفـرنسى إستنادا إلى التنفيـذ الجزئى للإلتزام الأصلى ، وإنما فى سبيل تطبيق المادة ١١٥٢ من التقنين يستند إلى ذلك التنفيذ الجزئى للدلالة على المبالغة فى تقدير التعويض إلى درجة كبيرة . فالضرر الذى يلحق الشركة بسبب فسخ عقد التأجير التمويلى ، أو بعبارة أدق عدم المضى فى تنفيذه ، قد يختلف بحسب قدر إهلاك رأس المال الذى تحقق من خلال أقساط الأجرة التى أوفى بها المستفيد قبل الفسخ . وهذا ما لا يمكن الوقوف عليه إلا على ضوء معدل الإهلاك المالى الذى إتبعته الشركة الممولة . وسوف يتبين لنا فيما بعد مدى أهمية أخذ معدل الإهلاك المالى فى الإعتبار كضابط لخفض الشرط الجزائى .

٥٢١ - ويتم تقدير مدى المبالغة فى تحديد التعويض الإتفاقى إلى درجة كبيرة وقت الإمتناع عن تنفيذ عقد التأجير التمويلى [٣] ، وذلك على إعتبار أن التعويض يتقرر للشركة الممولة عن الأضرار التى تلحق بها بسبب عدم المضى فى تنفيذ العقد .

إلا أن فسخ عقد التأجير التمويلى يتقرر فى هذا التوقيت أيضا ، وبالتالى تجمع الشركة الممولة بين إسترداد الأصل المؤجر وإقتضاء التعويض الإتفاقى . ونادى البعض بوجوب إنقاص ثمن تصرف الشركة فى الأصل بالبيع أو التأجير من التعويض المقرر بالشرط الجزائى ، فيعود بذلك إلى حدود معقولة [٤] . وجدير بالإشارة فى هذا الصدد

---

(١) PAISANT, note précitée.

(٢) RODIERE et RIVES-LANGE, op. cit., p. 418 No 337.

(٣) BACHASSON, op. cit., 252 No 265.

(٤) RODIERE et RIVES-LANGE, op. cit., p. 418 No 337. HEMARD: Ventes, transports et autres contrats commerciaux, op. cit., 1971, No 16.

أن شركة وحيدة من شركات التأجير التمويلى الفرنسية كانت تتعهد بتسليم المستفيد فائض ناتج بيع أو تأجير الأصل بعد أن تكون قد إستوفت منع كامل الأقساط المتبقية [١] . وقيل فى هذا الصدد أن تصرف الشركة فى الأصل بالبيع أو التأجير ينهى تجميد رأسمال الشركة فى صورته السلعية [٢] ، وأن عائده يقلل من الكسب الذى يفوت الشركة بسبب عدم المضى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى [٣] . لذلك ومن قبل أن تتقرر للقاضى سلطة خفض الشرط الجزائى وجد البعض فى إنقاص ناتج التصرف فى الأصل من التعويض الإتفاقى ما يحقق التوازن الواجب بين مصالح الطرفين [٤] .

٥٢٢ - ولقد أقرت محكمة النقض الفرنسية لمحاكم الموضوع بسلطتها التقديرية المطلقة فى تقدير الضرر الفعلى الذى يلحق بشركة التأجير التمويلى ، وبالتالى خفض التعويض الإتفاقى متى تبين لها أنه كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . والقيد الوحيد الذى يرد على سلطة المحكمة يتمثل فى عدم جواز الحكم بتعويض يقل عن الضرر الفعلى الذى يلحق بالشركة الممولة [٥] .

---

(١) وهذه الشركة هى Vendome – Equipement . انظر : CROIZAT, op. cit., p. 119. ونذكر ان عقود التأجير التمويلى فى كل من المانيا وسويسرا تنص على خصم ثمن بيع الأصل المسترد من التعويض الذى يلتزم المستفيد بدفعه . انظر : GIOVANOLI, op. cit., p. 397 No 497. وهذا هو منهج شركات التأجير التمويلى الهولندية ايضاً . اما فى الولايات المتحدة الامريكية فلشركة التأجير التمويلى الخيار بين التخلى عن الأصل للمستفيد مقابل قيام هذا الأخير بدفع جميع اقساط الاجرة المتبقية وبين استرداد الأصل مع خصم ثمن بيعه من مجموع اقساط الأجرة المتبقية . انظر : GAUDRION, op. cit., p. 50 et 21.

ويتضح من الممارسة الامريكية ان شركة التأجير التمويلى لا تجمع مطلقاً بين استيفاء اقساط الاجرة المتبقية والاستئثار بناتج بيع الأصل الذى تسترده .

(٢) GAULLIER, op. cit., p. 755.

(٣) BACHASSON, op. cit., p. 31 No 32.

(٤) CAPORALE, op. cit., p. 359. BOCCARA, JCP 1970 II 16155, note précitée. SAUCEDO - POLO, op. cit., p. 46.

(٥) Cassation civile, 1° chambre, 24 juillet 1978, Dalloz 1978, I. R. 477.

ولقد تباينت المحاكم فيما بينها حول إعمال تلك السلطة التقديرية ، وفرضت محكمة النقض رقابتها عليها بطريقة غير مباشرة إستنادا إلى قصور الأسباب تارة والإخلال بحقوق الدفاع تارة أخرى .

٥٢٣ - فمن جهة رفضت بعض المحاكم خصم ناتج التصرف فى الأصل من قيمة التعويض الإتفاقى : ففى إحدى القضايا طالب سنديك تفليسة المستفيد من المحكمة خصم ناتج بيع الأصل إستنادا إلى ما يجرى عليه العمل من جانب ولأن العقد لم يأخذ فى إعتباره عند تحديد التعويض القيمة المحاسبية للأصل وقت الإسترداد . وقد رفضت المحكمة هذا الطلب نظرا لغياب النص فى العقد على إجراء هذا الخصم وعدم جواز القول بوجود عادة تجارية فى هذا الصدد ، كما لا يجوز الإحتجاج بالقيمة المحاسبية للأصل وقت الإسترداد حيث ترتب على فسخ عقد التأجير التمويلى الإخلال بالتوازن الإقتصادى للصفقة وفات على الشركة المؤجرة قبض ثمن التملك المقرر لها فى العقد [١] .

وفى قضية أخرى رفضت المحكمة خصم ناتج بيع الأصل من التعويض الإتفاقى على أساس أن ثمن البيع يتوقف على آليات السوق ولا شأن له فى التقدير الجزافى للتعويض بموجب الشرط الجزائى . ومن جهة أخرى لا يعد التعويض مبالغا فيه إلى درجة كبيرة بالرغم من تجاوزه ثمن تملك الأصل الذى دفعته الشركة الممولة عقب إبرام عقد التأجير التمويلى ، لأنه يجب جبر نفقات الشركة وتعويضها عن الربح المشروع الذى كانت تأمل الحصول عليه عن طريق تنفيذ العقد ، فضلا عن وجوب أخذ الدور الرادع للشرط الجزائى فى الإعتبار [٢] .

وفى قضية ثالثة أقرت محكمة النقض ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف من خصم الربح المتحقق من بيع الأصل الذى إستردته الشركة من قيمة التعويض

---

(١) Cour d' appel d' Amiens, 3° chambre, 2 juillet 1981, Gazette du Palais, 1981, 2, 610.

(٢) Cour d' appel de Paris, 5° chambre B, 23 juin 1989, Dalloz 1989, I. R. 224.

الإتفاقى ، وذلك على إعتبار أن هذا الخصم ينفى عن الشرط الجزائى طابع المبالغة إلى درجة كبيرة [1] . ولكن يلاحظ أنه فى تلك القضية كانت شركة التأجير التمويلى قد وافقت على ذلك الخصم ، ومع ذلك ادعى المستفيد بأن التعويض الإتفاقى لازاله مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وطالب المحكمة بخفضه . وبالتالى لا يعد ما ذهبت إليه المحكمة دليلا على إعتبار الشرط الجزائى الذى لا يخصم منه ناتج بيع الأصل مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . فالحكم فى هذه القضية إكتفى بإقرار ما قبلته شركة التأجير التمويلى ورفض إدعاء المستفيد بأن سلوك الشركة لا ينفى عن الشرط الجزائى طابع المبالغة فيه إلى درجة كبيرة . كما يلاحظ أن الشركة قبلت خصم الربح الناتج عن بيع الأصل لا خصم ناتج البيع ذاته أى الثمن . ومعنى ذلك أن الشركة ضمنت تغطية القيمة المحاسبية للأصل وقت الإسترداد ، أو بعبارة أخرى جانب الإهلاك المالى لرأسمالها الذى لم يتحقق بسبب فسخ عقد التأجير التمويلى . وما فاض عن ذلك قبلت خصمه وحده من التعويض الإتفاقى .

ويتضح من ذلك أنه فى فرض عدم تغطية ثمن بيع الأصل جانب الإهلاك المالى لرأسمال الشركة لبقى التعويض الإتفاقى مستحقا بالكامل . وفى الفرض الذى ينتج عن البيع ربح لا يزال جانب من التعويض الإتفاقى مستحقا بالرغم من إهلاك كامل رأسمال شركة التأجير التمويلى .

٥٢٤ – ومن جهة أخرى أعملت بعض المحاكم سلطتها فى خفض التعويض الإتفاقى ، ولم تسلم من رقابة محكمة النقض . ففى إحدى القضايا هال محكمة الإستئناف ما قضت به محكمة أول درجة من الزام المستفيد بدفع مبلغ ستين ألف فرنك على سبيل الأقساط المستحقة قبل الفسخ والتعويض الإتفاقى عن الفسخ . وقامت بخفض التعويض إلى خمسة آلاف فرنك على أساس أن مجموع قيمة الأقساط المستحقة للشركة وثمن بيع السيارات التى تم إستردادها على اثر الفسخ يجاوز مجموع ثمن تملك

---

(١) Cassation commerciale, 2 octobre 1979, Dalloz 1980, Sommaires 382, Observations VASSEUR.

السيارات الأصلي والمبالغ التي أنفقتها الشركة في إعادة السيارات إلى حالتها الأولى تمهيدا لبيعها . إلا أن محكمة الإستئناف تولت تقدير المبالغ التي كانت لتستحق للشركة الممولة في حالة المضي في تنفيذ عقد التأجير التمويلي وجاء في حكمها ذكر لمبالغ ضخمة . وبدا من ذلك أن قيمة الكسب الفائت تفوق كثيرا قيمة ما لحق الشركة من خسارة ، فقامت المحكمة العليا بنقض الحكم لما إشتمل عليه من تناقض في أسبابه [1] .

وفي حقيقة الأمر لم يحالف محكمة الإستئناف التوفيق في تحليلها لعناصر الضرر من خسارة لاحقة وكسب فائت . ويرجع الأمر في تقديرنا إلى ضعف المعرفة الإقتصادية لدى قضاة المحكمة ، كما هو شأن أغلب رجال القانون . فقد أدخلت المحكمة في حسابها للمبالغ التي كانت لتستحق للشركة في فرض المضي في تنفيذ العقد ما وصفته بالربح الناتج عن ثلاثة أقساط من الأجرة هي تلك التي زال عن عاتق المستفيد الإلتزام بدفعها بسبب فسخ العقد . إلا أنها إحتسبت قيمة الأقساط الثلاثة كاملة دون تمييز بين عناصرها المختلفة من إهلاك لرأس المال ونفقات وهامش ربح . ولو أنها فعلت ذلك لتبين لها أن الكسب الفائت ليس بالضخامة التي أظهرها حكمها .

وفي نزاع آخر قضت محكمة الإستئناف بخفض التعويض الإتفاقي على أساس وجوب أخذ في الإعتبار ما تم تنفيذه من العقد لشهور عديدة فضلا عن فلاح شركة التأجير التمويلي في إعادة تأجير الأصل عقب إسترداده . وبالرغم من أن المحكمة أخذت في إعتبارها عند خفض الشرط الجزائي دوره الرادع في حمل المستفيد على الوفاء بالتزاماته إلى جانب كونه أداة لتحديد التعويض ، نقضت المحكمة العليا حكمها لإخلالها بحقوق الدفاع لأنها لم تجب على إدعاء شركة التأجير التمويلي بأن الضرر الفعلي الذي لحق بها يتمثل في الفرق بين مجموع أقساط الأجرة والقيمة المحاسبية المتبقية للأصل ، وهو ما يستحق لها عند تنفيذ التأجير التمويلي كلية ، وبين أقساط

---

(1) Cassation commerciale, 1° décembre 1980, Bulletin Civil, 1980, IV, 319.

الأجرة والقيمة المحاسبية المتبقية للأصل التى تكون إستوفتها من خلال عقد الإيجار الجديد [١] .

ويلاحظ أنه فى هذا النزاع قامت محكمة الإستئناف بخصم مجموع الأجرة الناشئة عن عقد الإيجار الجديد من قيمة التعويض الإتفاقى ، بينما طالبت شركة التأجير التمويلى بخصمها من مجموع أقساط الأجرة الناشئة عن عقد التأجير التمويلى ، مع أخذ القيمة المحاسبية المتبقية للأصل فى الإعتبار . وكأن الشركة تطالب المحكمة بعدم الإلتفات مطلقا إلى قبضها أقساط أجرة التأجير التمويلى قبل فسخ العقد وإستحقاقها لها بصفة نهائية كمقابل لإنتفاع المستفيد بالأصل المؤجر قبل الفسخ .

٥٢٥ - وتجدر الإشارة إلى أن بعض عملاء شركات التأجير التمويلى طالبوا القضاء خفض التعويض الإتفاقى تطبيقا لأحكام اللائحة رقم ٧٨ - ٣٧٣ بتاريخ ١٧ مارس ١٩٧٨ التى صدرت تنفيذا للقانون رقم ٧٨ - ٢٢ بتاريخ ١٠ يناير ١٩٧٨ فى شأن حماية المستهلك .

ومع ذلك فإنه طبقا للمادة الثالثة من القانون المذكور لا تسرى أحكامه على القروض وعقود التمويل وعمليات منح الإئتمان التى تستهدف تمويل الأنشطة الإقتصادية . وبالتالى لا تسرى أحكام القانون إلا على العلاقات الناشئة بين التجار وعملائهم من المستهلكين فى خارج إطار مزاولة هؤلاء لثمة نشاط إقتصادى على وجه الإحتراف [٢] . وحيث أن عقود التأجير التمويلى الخاضعة لأحكام قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ لا ترد إلا على أموال تخصص لمزاولة نشاط إقتصادى فلا تسرى عليها أحكام قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ [٣] .

---

(١) Cassation Commeriale, 9 juin 1980, Bulletin Civil, 1980, IV, 199.

(٢) NANA, op. cit., p. 277 No 476.

(٣) GAVALDA: L' information..., op. cit., No 11. Cassation commerciale, 10 Mai 1989, Gazette du Palais, No 300 et 301, octobre 1989, p 9, note BEY.

وقارن : Cassation civile, 1° chambre, 28 avril 1987, Bulletin Civil, 1987, I, 134.

وترتيبا على ذلك رفضت محكمة إستئناف باريس فى حكمين لها تطبيق أحكام لائحة ١٧ مارس١٩٧٨ على النزاع المعروض أمامها حول الشرط الجزائى الورد بعقد التأجير التمويلى [١] . إلا أن أحد هذين الحكمين الصادر فى ٢٣ مارس ١٩٨٧ يستلهم أحكام لائحة ١٧ مارس ١٩٧٨ لتقدير ما إذا كان الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى مبالغا فيه إلى درجة كبيرة .

وطبقا للمادة الثالثة من اللائحة المعدلة بموجب لائحة ٣١ مارس ١٩٨٧ يحق للمؤجر فى حالة إخلال المستأجر بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن عقد البيع الإيجارى أو عقد الإيجار المقترن بوعد منفرد بالبيع المطالبة بتعويض يعادل الفرق بين مجموع القيمة المتبقية للأصل المنصوص عليها فى العقد وأقساط الأجرة المتبقية مقدرة فى وقت الفسخ وبين القيمة السوقية للأصل وقت الإسترداد . ويلاحظ أن مختلف هذه القيم تقدر دون إحتساب ما يلحق بها من ضريبة .

إذن يمكن للقضاء الإستدلال بحكم اللائحة المذكورة لتقدير ما إذا كان الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . ويلاحظ من جانب آخر أنه ليس هناك ثمة ما يمنع من الإتفاق على خضوع عقد التأجير التمويلى لأحكام قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ فى شأن الشرط الجزائى [٢] ، وفى هذه الحالة يتحدد التعويض عن الفسخ طبقا لما تقضى به المادة الثالثة من لائحة ١٧ مارس ١٩٧٨ .

ومع ذلك نرى أن كيفية تحديد التعويض عن الفسخ على هذا النحو تتفق مع الطبيعة الخدمية لنشاط المؤجر من توفير السلعة وما يقترن به من منح الإئتمان فى سداد الثمن . وقد لا تتفق مع الطبيعة المالية المحضة للخدمة التى تقدمها شركة التأجير التمويلى إلى المستفيد . وسوف نعود إلى بحث هذه المسألة بعد قليل .

---

(١) Cour d' appel de Paris, 5° chambre A, 11 mars 1987, Dalloz 1987, jurisprudence 492, note PAISANT, et 23 mars 1987, Dalloz 1987, I. R. 109.

(٢) BEY: note sous Cour d' appel de Versailles, 12° chambre, 10 novembre 1988, Gazette du Palais, No 141 - 143, mai 1989, p. 12.

٥٢٦ - ويتبين لنا من الأحكام المتقدمة أن عملاء شركات التأجير التمويلى طالبوا بخصم ناتج بيع أو تأجير الأصل من التعويض الإتفاقى فى الفروض التى قامت فيها الشركة بالفعل بالتصرف فى الأصل عقب إسترداده بالبيع أو التأجير . وإقتصرت محاولاتهم فى غير تلك الفروض على تطبيق أحكام قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ فى شأن حماية المستهلك .

ونرى أن تحديد ما إذا كان التعويض الإتفاقى مبالغا فيه إلى درجة كبيرة لا يصح تعليقه على عنصر خارجى عن عقد التأجير التمويلى يتمثل فى قيام الشركة الممولة بالتصرف بالفعل فى الأصل عقب إسترداده . وبعبارة أخرى يجب تحديد ما إذا كان التعويض الإتفاقى مبالغا فيه إلى درجة كبيرة بغض النظر عن نجاح الشركة الممولة أو فشلها فى التصرف فى الأصل بالبيع أو التأجير . ويكون ذلك على ضوء معطيات عقد التأجير التمويلى وحدها وتقدير الأضرار التى تلحق بالشركة بسبب فسخ العقد .

ثم يجب أخذ فى الإعتبار ما تقضى به أحكام المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديلها بموجب قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ . فالقاضى لا يستطيع خفض الشرط الجزائى ما لم يكن التعويض مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، مما يترتب عليه أن تكون سلطة القاضى محصورة فى رد التعويض إلى الحد الذى لا يكون فيه مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . وبالتالى لا يحق للقاضى رد التعويض إلى الحد الذى يتم فيه جبر الضرر الذى لحق بالدائن وإلا كان ذلك قضاء مطلق على الشرط الجزائى ورد أمر تقدير التعويض إلى القواعد العامة [١] . وتطبيقا لذلك فى مجال التأجير التمويلى يجب فضلا عن تحديد متى يكون الشرط الجزائى مبالغا فيه إلى درجة كبيرة تعيين الحد الذى لا يعد عنده التعويض مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، وهو الحد الذى يقف عنده

---

(١) BOCCARA: La réforme..., op. cit., No 20.

ويسوق المؤلف المثال الآتى : إذا كان الضرر يعادل ١٠٠ وكان حد المبالغة الجسيمة ٢٥٠ فليس من المعقول ان يرد الشرط الجزائى الذى يحدد التعويض بقيمة ٢٦٠ إلى ١٠٠ بينما يظل التعويض الاتفاقى المقدر بقيمة ٢٤٠ دون تعديل . وانما يجب رد التعويض إلى حد المبالغة الجسيمة ، أى فى هذا المثال رد قيمة ٢٦٠ إلى ٢٥٠ : المقال المشار إليه ، بند ٤٤ و٥٢ .

خفض التعويض ولا ينزل عنه .

ونرى وجوب الإعتداد بالقيمة السوقية للأصل ، على إعتبار أن الإسترداد هو وسيلة شركة التأجير التمويلي في التنفيذ العيني لعقد التمويل جبرا عن المستفيد . ولا يمكن القول بأنه على المستفيد تحمل مخاطر التصرف في الأصل بتعليق الحكم على طابع الشرط الجزائي على تصرف الشركة في الأصل بالفعل . فالتصرف عنصر خارجي عن عقد التأجير التمويلي بينما لا يعد الإسترداد كذلك بوصفه نتيجة حتمية لفسخ العقد . ويضاف إلى ذلك أن شركة التأجير التمويلي قبلت ابتداء تحمل هذه المخاطر حينما إكتسبت ملكية الأصل وإحتفظت بها طوال مدة العقد . ثم كانت بالخيار عند إخلال المستفيد بالتزاماته العقدية بين التنفيذ العيني للعقد بمفهومه التقليدى وفسخه ، وقد إختارت الفسخ عن طريق إعمال الشرط الفاسخ الصريح الوارد بالعقد . ولا يجوز أيضا أخذ في الإعتبار مدى إمكانية التصرف في الأصل للإعتداد بقيمته السوقية عند الحكم على طابع الشرط الجزائي [١] . وإنما تؤخذ تلك القيمة في الإعتبار دائما أي سواء تصرفت شركة التأجير التمويلي في الأصل أو كانت تواجه صعوبات في التصرف فيه .

٥٢٧ – ولقد ذهب رأى إلى وجوب تقدير التعويض في مجال فسخ عقد التأجير التمويلي بمجموع الأقساط المتبقية والقيمة المحاسبية المتبقية للأصل متى كانت مقدرة كثمن لتملك المستفيد للأصل ، بعد خصم القيمة السوقية وقت الإسترداد [٢] . وهذا ما قضت به إحدى محاكم الإستئناف الفرنسية اذ قدرت الضرر المالي الكلي الذى لحق بشركة التأجير التمويلي بمجموع الأقساط المتبقية بعد خصم قيمة السيارة المؤجرة مقدرة في تاريخ الإسترداد [٣] . ويلاحظ أن العقد المعروض أمام

---

(١) قــارن : CABRILLAC, op. cit., No 92.

(٢) CALAIS - AULOY, op. cit., No 139.

(٣) Cour d' appel de Colmar, 2° chambre, 20 février 1981, Revue Alsace - Lorraine, 1981, p. 100.

المحكمة لم يكن يلزم المستفيد بدفع ثمن لتملك السيارة فى نهاية مدة العقد . إلا أننا ذكرنا أنه على ضوء أحكام المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى يجب على القاضى تقدير ما إذا كان التعويض مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ورده فى هذه الحالة إلى حدود معقولة لا تعادل بالضرورة الضرر الفعلى الذى يلحق بشركة التأجير التمويلى .

ونرى أن الضرر الذى يلحق بالشركة ذو شقين : ما لحقها من خسارة وما فاتها من كسب بسبب عدم المضى فى تنفيذ عقد التأجير التمويلى . وتنحصر الخسارة فى جانب الإهلاك المالى لرأس المال الذى لم يكتمل بسبب عدم الوفاء بأقساط الأجرة المتبقية . أما إستحقاق النفقات التى تتكبدها الشركة ، العامة منها والمالية ، فأمر رهين بالمضى فى تنفيذ العقد ، إذ لم يعد من الجائز القول بوجوب تحميل المستفيد جانب من نفقات مشروع شركة التأجير التمويلى وقد إنقطعت عنه الخدمة التى تقدمها له . أما ما فات الشركة من كسب فيتمثل فى هوامش الربح التى كانت تتضمنها أقساط الأجرة المتبقية والتى ظلت دون وفاء .

ويتوقف تقدير الخسارة على معدل الإهلاك المالى الذى تبنته شركة التأجير التمويلى ، دون التفات إلى المزايا التى تكون الشركة قد أفادت منها نتيجة إختلاف معدل الإهلاك المالى عن معدل إهلاك الأصل ضريبيا ، ذلك على إعتبار أن الإهلاك الضريبى عنصر خارجى عن العقد فى واقع الأمر . ويجب إذن لتقدير الخسارة الوقوف على جانب رأس المال الذى لم يهلك سواء من خلال أقساط الأجرة أو ثمن التملك المقرر فى العقد . ولكن بما اننا رأينا أن إسترداد الشركة للأصل جاء نتيجة لرغبة الشركة فى إكمال إهلاك رأس المال يجب خصم القيمة السوقية للأصل وقت الإسترداد من قيمة رأس المال الذى لم يتم إهلاكه ، فيتحدد لنا على وجه الدقة قدر الخسارة التى لحقت بشركة التأجير التمويلى .

وعن طريق إضافة هوامش الربح المتضمنة فى الأقساط المتبقية تتحدد لنا قيمة

الضرر الفعلى الذى يلحق بالشركة بسبب فسخ عقد التأجير التمويلى [1] .

ويتضح من ذلك أن تقدير الضرر الفعلى يتوقف بصفة إساسية على أقساط الأجرة التى تكون الشركة قد إستوفتها قبل الفسخ من جانب وعلى القيمة السوقية للأصل وقت الإسترداد من جانب آخر . ويتفق هذا المنهج فى نظرنا مع حقيقة عقد التأجير التمويلى كعقد تمويل ينشأ عنه التزام على عاتق المستفيد برد أصل رأس المال ودفع عوائده على نحو يسمح لشركة التأجير التمويلى بتحقيق الربح . ولكن يلاحظ أننا على خلاف الآراء التى قيلت فى شأن تعديل الشرط الجزائى نعتبر القيمة السوقية للأصل عنصرا من عناصر تقدير الضرر الفعلى الذى يلحق بالشركة وليس ضابطا لرد التعويض الإتفاقى إلى حدوده المعقولة .

٥٢٨ - ويلاحظ أن بعض القضاء عند تقديره للضرر الفعلى أخذ فى إعتباره ما تم الوفاء به من أقساط قبل الفسخ فضلا عن القيمة السوقية للأصل وقت الإسترداد . إلا أن على ضوء المعيار الذى تبناه فى تقدير الضرر تبين له أن قيمة التعويض الإتفاقى المقرر بالشرط الجزائى تنزل عن الضرر الفعلى الذى يلحق بالشركة ، وبالتالى رفض الحكم بخفض هذا التعويض . فالضرر فى نظر هذا القضاء يجب تقديره طبقا للمعادلة الآتية : (ك + ف) - (ق + ل) ، حيث (ك) هو رأس المال المستثمر ، و (ف) مجموع الفائدة الإجمالية حتى نهاية مدة العقد ، و (ق) هو القيمة السوقية للأصل ، وأخيرا (ل) يمثل ما تم الوفاء به من أقساط الأجرة قبل الفسخ . وبعبارة أخرى يتمثل الضرر فى كل ما كان يحق للشركة الممولة قبضه بفرض تنفيذ العقد حتى بلوغ منتهاه بعد خصم مجموع ما إستوفته فعلا من واقع

---

(١) ويأخذ اذن تقدير الضرر الفعلى شكل المعادلة الآتية : [(أ + م) - ق] + هـ حيث (أ) هو جانب الاهلاك المتضمن فى اقساط الاجرة المتبقية ، (م) هو القيمة المحاسبية المتبقية للأصل والمقررة كثمن لتملك المستفيد للأصل فى نهاية مدة الايجار ، بينما (ق) هو القيمة السوقية للأصل وقت الاسترداد ، ويمثل (هـ) اخيراً هوامش الربح المتضمنة فى اقساط الأجرة المتبقية .

التنفيذ الجزئى للعقد والقيمة السوقية للأصل وقت الإسترداد [1] .

وجدير بالذكر أن النزاع المطروح أمام ذلك القضاء كان يدور حول الشرط الجزائى الوارد بأحد عقود التأجير التمويلى العقارى . وتشير وقائع الدعوى إلى تناول مبالغ ضخمة فيها أدت إلى النتيجة التى خلصت إليها المحكمة على ضوء معيار تقدير الضرر الذى تبنته [2] . أما إذا طبقنا على تلك الوقائع معيار تقدير الضرر الذى نقول به يتضح لنا أن قيمة التعويض الإتفاقى تجاوز الضرر الفعلى الذى لحق بشركة التأجير التمويلى [3] .

إلا أن تجاوز التعويض الإتفاقى للضرر الفعلى الذى يلحق بالشركة لا يكفى لإعتباره مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . ولا مناص من ترك الأمر للقضاء يقدر كل حالة

---

(١) Cour d' appel de Riom, 3° chambre civile et commerciale, 15 juin 1988, Gazette du Palais, No 43 - 45, février 1989, p 17, note BEY.

(٢) ففى تلك القضية كانت قيمة رأس المال ٣,٥٠٠,٠٠٠ فرنك ، ومجموع الفائدة الاجمالية (بما تشمله من نفقات مالية وعامة وهوامش ربح) ٦,٦٤٦,٠٠٠ فرنك، بينما قدرت القيمة السوقية للعقار وقت الاسترداد بمبلغ ١,٨٠٠,٠٠٠ فرنك ، وكانت قيمة مجموع الاقساط التى تم الوفاء بها قبل الفسخ ١,٥١٧,٣٨٠ فرنك . ويدل هذا المبلغ الأخير على ان الفسخ تقرر بعد مرور أقل من نصف مدة العقد المتفق عليه ، مما يجعلنا نرتاب كثيراً فى صحة تقدير القيمة السوقية للعقار وقت الاسترداد . وطبقاً للمعيار الذى تبنته المحكمة فى تقدير الضرر بلغت قيمته ٦,٨٢٨,٦٢٠ فرنك وهو ما يقل عن قيمة التعويض الاتفاقى المقدر بثلاثة ارباع اقساط الأجرة المتبقية أى ٦,٤٧١,٤٦٥ فرنك ، بما قيمته ٣٥٧,١٥٥ فرنك .

(٣) فطبقاً لمعيارنا فى تقدير الضرر الفعلى الذى يلحق بشركة التأجير التمويلى تبلغ قيمته فى تلك القضية ٤,٩٨٥,١٥٥ فرنك ، حيث بلغت نسبة النفقات المالية والعامة ٤٠٪ من مجموع الفائدة الإجمالية المقررة بالعقد . ويقل الضرر بالتالى عن قيمة التعويض الاتفاقى بما قيمته ١,٤٨٨,٣١٠ فـرنك .

وفى واقع الأمر قامت المحكمة بخصم القيمة السوقية للأصل من مجموع اقساط الأجرة المتبقية ، حيث أن (ك + ف) - ل يساوى مجموع تلك الاقساط مما يدل على مدى الأثر البالغ لاحتساب نفقات شركة التأجير التمويلى ، المالية منها والعامة ، عند تقدير الضرر الذى يلحق بها بسبب فسخ العقد .

على حدة . ومع ذلك نرى أنه متى سمح التعويض الإتفاقى بتحقيق كسب يجاوز ما كان تأمل شركـة التأجير التمويلى تحقيقه من واقع تنفيذ العقـد حتى بلوغـه منتهاه لا شك أنه يكون قد تجاوز حد المبالغة الجسيمة . ولا يكون ذلك إلا إذا تجاوز مجموع قيمة الأقساط التى إستوفتها الشركة قبل الفسخ والتعويض الإتفاقى والقيمة السوقية للأصل مجموع الأجرة الإجمالية لعقد التأجير التمويلى والقيمة المحاسبية المتبقية للأصل متى كانت مقررة .

ويتوقف تحقق هذا التجاوز فى المقام الأول على أهمية القيمة السوقية للأصل وقت الإسترداد ، على أساس أنه العنصر المؤثر الرئيسى فى تحديد ما إذا كان التعويض الإتفاقى يسمح بتحقيق كسب لم تأمل الشركة تحقيقه من جراء تنفيذ عقد التأجير التمويلى كلية [1] . ويكفى فى نظرنا رد التعويض إلى حد المبالغة الجسيمة المذكور وكفى بشركة التأجير التمويلى تحملها مخاطر التصرف فى الأصل بالبيع أو التأجير .

ويعود بنا المنهج الذى نقترحه إلى نقطة الإنطلاق الأساسية : ان مصدر التعسف الحقيقى فى عقد التأجير التمويلى يكمن فى هذا الصدد فى جمع الشركة الممولة بين الإستحواز على القيمة السوقية للأصل وإقتضاء التعويض الإتفاقى ، أى محاولتها الجمع بين التنفيذ على الضمان وإقتضاء التعويض عن الفسخ . وإذا كانت شركة التأجير التمويلى بإستردادها الأصل لا يختلف سلوكها عن أى دائن مرتهن يطالب بالتنفيذ على المال المرهون ، إلا أن سلوكها هذا يتنافى مع طلبها فسخ العقد . ونرى أن تفسير سلوك شركة التأجير التمويلى يكون بالإشارة إلى إختلاف مركزها عن مركز الدائن المرتهن فى جانب جوهرى : فالدائن المرتهن متى قام بالتنفيذ الجبرى على المال المرهون وترتب على بيعه بالمزاد العلنى عدم إستيفاء حقه بالكامل يظل دائنا بالجزء

---

(١) ذلك أنه يمكن التعبير عن حد المبالغة الجسيمة بالمعادلة الآتية : ل + ت + ق › ل + ب + م حيث (ل) الأقساط المدفوعة ، (ت) التعويض الاتفاقى ، (ق) القيمة السوقية للأصل ، (ب) أقساط الأجرة المتبقية واخيراً (م) القيمة المحاسبية المتبقية . وحيث ان (ل) قاسم مشترك بين شقى المعادلة وان (ت) هو نسبة محددة من (ب) فإن حد المبالغة الجسيمة يتوقف بصفة اساسية على قيمة (ق) مقارنة بقيمة (م) (والأصل انها تجاوزه لتحقق الفسخ قبل نهاية مدة العقد الأصلية) .

الباقى من الدين وإنما بوصفه دائنا عاديا . أما إذا قيل بأن على شركة التأخير التمويلى الإكتفاء بالإستحواز على القيمة السوقية للأصل دون مطالبة المستفيد بالتعويض ، فإنه يترتب على عدم تغطية ناتج التصرف فى الأصل لكامل حقوقها زوال كل رجوع لها على المستفيد ، فوجدت فى فرض الشرط الجزائى وسيلتها فى تفادى هذا الأثر .

ولذلك لا نرى فى الجمع بين إسترداد الأصل وإقتضاء التعويض الإتفاقى دليلا قاطعا على تعسف شركة التأجير التمويلى . وإنما متى ثبت للقاضى أن ذلك الجمع يفضى حتما إلى العسف بمصالح المستفيد فإنه قد يجد فى أحكام التقنين المدنى الفرنسى الخاصة بالشرط الجزائى ما يعينه على رفع هذا العسف .

٥٢٩ - على ضوء إستعراضنا لأحكام عقد التأجير التمويلى يتبين لنا أن شركة التأجير التمويلى ، وقد فرضت هيمنتها على المضمون الإتفاقى للعقد ، لا يتسم سلوكها بالسلوك المعتاد للمؤجر التقليدى وأن العقد لا يعدو فى نظرنا إلا تعبيرا عن العلاقة الإئتمانية الناشئة بينها وبين المستفيد ، وفيها يلعب حق ملكية الأصل دوره الجوهرى كضمان ضد مخاطر اعسار المستفيد .

فسلوك شركة التأجير التمويلى يتسم بالسلبية سواء فيما يتعلق بوضع عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ أو فيما يتعلق بتنفيذه فى كل ما يخص الإنتفاع بالأصل المؤجر [١] . ويبرز الطابع المالى للتأجير التمويلى من خلال ضوابط قبول الشركة للتعاقد ، والتزام المستفيد بدفع الأجرة . كما يبرز دور حق الملكية كضمان من خلال الأحكام الإتفاقية المتعلقة بتحمل تبعة هلاك الأصل أو تلك المتعلقة بفسخ عقد التأجير التمويلى ، فضلا عن مجموع الواجبات الملقاة على عاتق المستفيد سواء من أجل المحافظة على كيان الأصل المؤجر المادى أو من أجل ضمان فعاليته فى

---

(١) ويستند البعض إلى سلبية سلوك الشركة الممولة فى اضفاء طابع العقد الفورى على عقد التأجير التمويلى : GOYET, op. cit., p. 47, No 81 . لكن من الملاحظ ان التزام المؤجر يمكن تصوره سلبياً دون ان يؤثر ذلك على طبيعة عقد الايجار بوصفه من العقود الزمنية . وكان ذلك موقف القانون الفرنسى القديم . ونرى ان العقد فى حقيقته عقدا فورياً لكونه عقد تمويل لا عقد ايجار بما يفسر لنا سلبية الشركة الممولة ازاء الانتفاع بالأصل .

الأحوال التى يتهدد فيه حق ملكية الشركة الممولة .

إلا أن أبرز ما تتسم به أحكام عقد التأجير التمويلى يتمثل فى المحاولة الدؤوبة للشركة الممولة أن تتخلص من تبعة جميع المخاطر التى قد تتعرض لها . وتجد فى شخص المستفيد ، وهو متلقى خدمة التمويل ، من يتحمل عنها تلك المخاطر مستغلة فى ذلك حاجته الملحة إلى التمويل وعجزه عن الحصول عليه من مصادره التقليدية [١] . وإذ تتحسب الشركة لتعرضها لهذه المخاطر من خلال فرضها للمضمون الإتفاقى لعقد على النحو الذى قمنا بتحليله ، فإنها لا تحسن فى العديد من المواقع وضع الحد الفاصل بين تأمينها من الخطر والعسف بمصالح المستفيد ، بل يمكن القول على ضوء مجمل أحكام العقد أن الشركة الممولة لا تعبأ حقيقة بذلك العسف ما دامت تأمن تحقيق مصالحها من خلال تلك الأحكام .

وإزاء ذلك لم يكن هناك بد من أن يتولى القضاء رسم الحدود الفاصلة بين تأمين الشركة الممولة من المخاطر والعسف بمصالح المستفيد . لكننا رأينا أن مجمل الأحكام التى صدرت عن القضاء الفرنسى عجزت عن بسط حمايتها على عملاء شركات التأجير التمويلى فى أهم ما أثير حوله من منازعات أى فى مجال ضمان العيوب الخفية وفسخ عقد التأجير التمويلى . وإذا كان القضاء قد إصطدم أحيانا بمهارة شركة التأجير التمويلى فى تحديد المضمون الإتفاقى للعقد ، إلا أن أحكامه إتسمت فى كثير من الأحيان بالقسوة المفرطة فى معاملة المستفيد ، دون أن نجد فى جلها ما يبرر هذه القسوة والتى أوحت إلينا بإنزلاق قدم القضاء إلى شفا سوء النية .

---

(٢) فى هذا المعنى : BACHASSON, op. cit., p. 169 No 184.

الفصل الثانى

الطبيعـة القانونيـة لعقد التأجير التمويلى

٥٣٠ - على ضوء أحكام عقد التأجير التمويلى يتبين لنا أن جوهره يتمثل فى تمويل يضمنه حق ملكية الأصل محل الإستثمار الممول . ولقد أدى حرص الشركة الممولة على التمتع بهذا الضمان إلى إقحام الإنتفاع بالأصل فى العلاقة التعاقدية ، وذلك على إعتبار أنه يمثل غاية جوهرية يهدف المستفيد إلى تحقيقها .

واذ تم إقحام الإنتفاع بالأصل فى العلاقة الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد إلا أن الشركة الممولة لم تشأ مع ذلك تحمل أعبائها والمخاطر التى قد تنشأ عنه . ورأينا كيف إستطاعت الأحكام الإتفاقية للعقد تحقيق ذلك بما يتفق مع مصالح شركة التأجير التمويلى . ومن هنا تأتى صعوبة الوقوف على الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى ، ذلك أن الأصل أن تكييف العقد يتوقف على أركانه الجوهرية دون أن يكون لمضمونه الإتفاقى أثره فى ذلك . إلا أن للإرادات الخاصة دورها النسبى فى التأثير على أركان العقد وبالتالى على تحديد طبيعته القانونية (١) . وفى عقد التأجير التمويلى يصعب الفصل بين أركان العقد ومضمونه الإتفاقى لأنه على ضوء ما يرمى إليه الطرفان يتم تشكيل المضمون الإتفاقى للعقد على نحو محدد ينعكس على تحديد ما يعد من أركانه الجوهرية .

لذلك تعددت النظريات التى قيلت فى الفقه الفرنسى حول الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى . ويمكن تقسيم هذه النظريات إلى ثلاث طوائف رئيسية : تتجه الأولى نحو تكييف العقد فى إطار العقود المسماة التقليدية ، بينما ترى الطائفة الثانية منها أن العقد لا يندرج فى هذا الإطار وإنما يعد عقدا غير مسمى ، أما الطائفة الأخيرة فإنها لا تتوقف عند الحدود الضيقة للعلاقة القانونية الثنائية التى تربط بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد وإنما تهدف إلى تحديد طبيعتها القانونية على ضوء

---

(١) TERRE: L' influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Thèse Droit, Paris, LGDJ, 1956, p. 17 No et s.

مكانتها من عملية التأجير التمويلى ثلاثية الأطراف .

ونعرض لمختلف هذه النظريات حول الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى وما قد يرد عليها من إنتقادات ، متبعين فى ذلك منهج يدور حول تقسيمها إلى الطوائف المشار اليها اعلاه .

المبحث الأول

تكييف عقد التأجير التمويلى بوصفه من العقود المسماة

٥٣١ - فى أول الأبحاث العلمية التى دارت فى فرنسا حول التأجير التمويلى إقترح الأستاذ CROIZAT ادراج العلاقة العقدية الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد فى إطار عقد شركة المحاصة . وكان ذلك قبل صدور قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ [(١)]. وفى أعقاب صدور هذا القانون وقيام المشرع الفرنسى بتعريف التأجير التمويلى بأنه إيجار يسمح للمستفيد بتملك ملكية الأصل المؤجر ذاعت فى الفقه الفرنسى نظرية الإيجار المالى ، وهى أكثر نظريات تكييف العقد إتساقا مع تعريف المشرع له . إلا أن التكييف المتقدم لم ينعقد حوله الإجماع فى الفقه الفرنسى نظرا لطابعه المختلق ، فقيل بأن التأجير التمويلى هو فى حقيقته قرض يقترن به نقل الملكية على سبيل الضمان ، كما قيل بأنه فى جوهره بيع يقترن به إحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان .

---

(١) لقد صدرت رسالة الباحث عام ١٩٦٦ قبل صدور القانون فى ٢ يوليو ١٩٦٦ باشهر قليلة ، وقد تناول مشروع القانون بالتحليل (ص ٨٠ وما بعدها) واشار إلى ما يكتنف تعريف المشرع للتأجير التمويلى من قصور .

المطلب الأول

نظريـــة شركـــة المحاصـــة

٥٣٢ - صاغ الأستاذ CROIZAT فكرته الخاصة بشركة المحاصة دون التقيد بأحكام تشريعية خاصة بالتأجير التمويلى ، فلم يكن قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ الخاص بالتأجير التمويلى قد صدر بعد فى ذلك الوقت . ولم يكن للحكم الوحيد الذى صدر عن القضاء الفرنسى فى شأن التأجير التمويلى وقتئذ أثره الحاسم لطبيعة عقد التأجير التمـــويلى (١) .

ولئن كان صدور قانون ١٩٦٦ وتعريفه للتأجير التمويلى بأنه عقد إيجار إيذانا بأفول فكرة شركة المحاصة كقالب تندرج فيه علاقة شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، إلا أن للفكرة أهميتها الفقهية خاصة إذا أخذنا فى الإعتبار فساد نظرية الإيجار المالى فى تكييف عقد التأجير التمويلى كما سنرى فيما بعد .

ونعرض فى فرع أول لنظرية شركة المحاصة كما صاغها صاحبها ، ثم نعرض فى فرع ثان لأهم الإ نتقادات التى يمكن توجيهها إليها .

(١) Tribunal de commerce de La Rochelle, 26 juin 1964, JCP 1965 II 14331 bis, note LELOUP.

ولقد اقر الحكم المتقدم بالطبيعة الايجارية لعقد التأجير التمويلى طبقاً لمسمى الطرفين ، لكن ذلك جاء رداً على ادعاء السنديك بان العقد فى حقيقته عقد بيع . واحبطت المحكمة محاولة ابقاء الأصل المؤجر فى تفليسة المستفيد مما يجعل لمذهب المحكمة حجية محدودة فى شأن تكييف العقد .

الفرع الأول
أسس نظرية شركة المحاصة

٥٣٣ - ينطلق صاحب نظرية شركة المحاصة فى سبيل إقتراح فكرته من الجوهر الإقتصادى لعقد التأجير التمويلى الذى يسمح لشركة التأجير التمويلى بإسترداد القرض الذى منحته إلى المستفيد ، فى شكل أقساط الأجرة . ولقد إحتفظت الشركة بملكية الأصل الذى قامت بتمويله لضمان إسترداد القرض [١] .

وطبقا لأحكام العقد يتبين للباحث أن التأجير التمويلى عملية مركبة يمثل فيها الإيجار آليتها الرئيسية ، بينما تعبر الوكالة عن حرية المستفيد ، ويختفى من خلالهما إمكانية تكييف العقد بأنه بيع بالتقسيط ، وهو ما يتعمد الطرفان إستبعاده [٢] .

وبعبارة أخرى يبدو عقد الإيجار بوصفه العلاقة الرئيسية فى تلك العملية المركبة، ولا يمكن ملاحظة الخدمة التمويلية إلا من بين براثن الإتفاق والتعبير عنها فى شكل الوعد بالبيع . لكن التمويل هو فى الحقيقة جوهر التأجير التمويلى [٣] . ويجب أخذ فى الإعتبار أن المستفيد لا يتمتع بأدنى حرية إقتصادية فى تملك الأصل أو رفض تملكه فى نهاية مدة العقد ، وإن كانت هذه الحرية مقررة له من الوجهة القانونية . ذلك أن حرية إعمال خيار التملك تقاس بالتكلفة والعوائد ، وطالما أمكن للمستفيد الإفادة من ثمن بيع الأصل أو المضى فى الإنتفاع به لسوف تلحق به خسارة مؤكدة إذا لم يعمل الخيار المقرر له . ولا يستثنى من ذلك إلا حالة مصادفة الأصل معدل إضمحلال إقتصادى حاد يملى عليه العزوف عن تملكه [٤] .

٥٣٤ - ولئن كان الإيجار سبيل تحقيق تلك الأهداف فإنه يمكن تحقيقها من خلال قالب الشركة بدلا من قالب الإيجار ، وذلك سواء بالنسبة للتأجير التمويلى

---

(١) CROIZAT, op. cit., 113.
(٢) Op. cit., p. 127.
(٣) Op. cit., p. 148.
(٤) Op. cit., p. 131.

للمنقولات أو التأجير التمويلى العقارى . وفى هذه الشركة تعد التأجير التمويلى شريكا بحصة نقدية تعادل قيمة التمويل ، بينما يعد المستفيد شريكا بالعمل . وحيث أن عقد التأجير التمويلى يقوم على الإعتبار الشخصى فإنه يتوافر فيع نوع من نية المشاركة بين الطرفين [١] .

ويمثل غرض الشركة فى إستعمال الأصل محل التمويل داخل مشروع المستفيد ، وذلك من أجل إقتسام الأرباح الناشئة عنه . ولكن نظرا لأهمية مساهمة شركة التأجير التمويلى فى تحقيق غرض الشركة تتقرر لها الهيمنة الفعلية عليها مما ينعكس على المضمون الإتفاقى لعقد الشركة ، فتنفرد شركة التأجير التمويلى بتحديده ويذعن له المستفيد [٢] .

ثم يدور فكر الباحث حول شكل الشركة التى تؤسس بين طرفى عقد التأجير التمويلى ، وتنحصر فرص الإختيار بين شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة . إلا أنه على ضوء حرص شركة التأجير التمويلى على الإحتفاظ بملكية الأصل ، وما يترتب على ذلك من إمكانية إسترداده من تفليسة المستفيد ، لا يمكن القول بإنتقال ملكيته إلى شخص معنوى يتولد عن عقد الشركة . وبالتالى تكون شركة المحاصة الصيغة الملائمة لإفراغ العلاقة القانونية فيها [٣] .

أما عن إدارة شركة المحاصة فالمستفيد يعين مديرا للمحاصة ، وبهذا الوصف يتحمل جميع المخاطر الناشئة عن تعامله مع الغير بخصوص الأصل ، كما يتحمل جميع الأخطار التى قد يتسبب فيها الأصل . ويتم إبرام عقد شركة المحاصة لمدة تعادل مدة إهلاك الأصل من الوجهة الضريبية ، والتى من خلالها يتحقق لشركة التأجير التمويلى إهلاك حصتها النقدية المقدمة إلى شركة المحاصة [٤] .

---

(١) Op. cit., p. 181.
(٢) Op. cit., p. 181.
(٣) Op. cit., p. 182.
(٤) Op. cit., p. 184.

٥٣٥ - ويشير الباحث إلى بعض ما يعترى فكرته من عيوب : ففى شركة المحاصة التى تبرم شركة التأجير التمويلى والمستفيد ليس هناك مجال لتوزيع الخسائر بين الشريكين [1] . كما أن تكييف العقد بأنه عقد شركة يفضى إلى خضوع نشاط الشركة لضريبة الشركات ، ومع ذلك يعد قالب شركة المحاصة أكثر القوالب ملاءمة لعقد التأخير التمويلى [2] .

ويتضح من ذلك أن الباحث لا يهدف إلى إقامة الدليل على صحة تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد شركة محاصة بقدر ما يقترح إفراغ العلاقة العقدية الرئيسية فى هذا القالب . فالتأجير التمويلى هو فى حقيقته قرض تضمنه صورة مستحدثة من صور الضمان . وما الإيجار إلا ساتر للقرض أو الآلية التى يتحقق من خلالها رد القرض . وحيث أن للإيجار صبغة مصطنعة وليس تعبيرا عن حقيقة طبيعة العقد القانونية فلا بأس فى نظر الباحث من إصطناع قالب شركة المحاصة بدلا من قالب الإيجار . فنظرا للعيوب التى تنتج عن إفراغ العلاقة فى قالب الإيجار يمكن عن طريق إفراغها فى قالب شركة المحاصة تفادى تلك العيوب . وهذا ما يعبر عنه الباحث بقوله أن الإيجار هو الأداة القانونية للتعبير عن العلاقة الناشئة بين الطرفين ، وهو بهذا الوصف تبعى فى العلاقة وليس عنصرا جوهريا فيه . وبالرغم مما يسمح به الإيجار من تحقيق أهداف الطرفين إلا أن من صالحها تفادى عيوبه بإفراغ العلاقة فى قالب شركة المحاصة [3] .

(١) Op. cit., p. 181.
(٢) Op. cit., p. 185.
(٣) Op. cit., p. 187.

الفرع الثانى

تقدير نظرية شركة المحاصة

٥٣٦ - أول ما يلاحظ على نظرية شركة المحاصة أنها بمثابة إقتراح بإفراغ العلاقة الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد فى قالب شركة المحاصة . إلا أن الإقتراح يطالبنا بالتغاضى عن شرط الأسد الذى يتضمنه عقد الشركة والذى بمقتضاه تعفى الشركة الممولة من تحمل الخسائر التى قد تنشأ عن إستعمال الأصل داخل مشروع المستفيد . وبالإضافة إلى ذلك ليس هناك تعارض فى نظر صاحب النظرية بين توافر نية المشاركة ، والتى يستخلصها من مجرد إضفاء طابع الإعتبار الشخصى على العقد ، وبين طبيعة الإذعان التى يتسم بها عقد الشركة .

وبعبارة أخرى يجب النظر إلى علاقة الطرفين بإعتبارها مصدرا لمشروع مشترك يعبر عن مصالحهما دون التفات للمحاولات الدؤوبة لإضفاء حماية خاصة على مصالح أحدهما على حساب مصالح الطرف الآخر . ويترتب على ذلك أن الترجيح بين شركة المحاصة والإيجار كقالب يفرغ فيه إتفاق الطرفين لا يكون إلا بالنظر إلى مصالح شركة التأجير التمويلى وحدها دون الإعتداد بمصالح المستفيد .

وبالرغم من التعارض الصارخ بين هذا المنهج ووجوب توافر نية المشاركة فى عقود الشركات كافة فلا بأس فى تقديرنا من وضعه موضع الإختبار .

٥٣٧ - ونشير أولا إلى عدم دقة الباحث فى عرض نظريته : فهو تأثرا بالطابع المالى للتأجير التمويلى يجعل من الشركة الممولة شريكا بحصة نقدية . إلا أنه فى صدد الترجيح بين شكل شركة التوصية البسيطة وشكل شركة المحاصة يظهر ما للشكل الأخير من أهمية لأنه يسمح لشركة التأجير التمويلى بالإحتفاظ بملكية الأصل . وهذا الحكم خاص بالشريك الذى ساهم بحصة عينية إذ طبقا لأحكام شركة المحاصة

يبقى مقدم الحصة العينية مالكا لها ما لم يتفق على خلاف ذلك [1] .

ويلاحظ أن بقاء الشريك مالكا للمال محل الحصة العينية يسمح له بالتصرف فيه دون قيد [2] ، فضلاعن إمكانية إستردادة من تفليسة شريكه فى الفرض الذى يكون فيه هذا الأخير حائزا له [3] .

إلا أن نفى صفة الشريك بحصة عينية عن شركة التأجير التمويلى يعفيها من ضمان عيوب الحصة الخفية . وهو التزام تفرضه أحكام الشركات على عاتق الشريك بحصة عينية [4] . ومع ذلك يلاحظ أن أحكام الضمان الواجب تطبيقها هى أحكام ضمان البائع إذا كانت الحصة العينية مقدمة على سبيل التمليك أو أحكام ضمان المؤجر إذا كانت مقدمة على سبيل الإنتفاع . وحيث تتم الإحالة إلى قواعد خاصة بضمان العيوب الخفية هى من قبيل القواعد المكملة لإرادة الطرفين فإنه يمكن فى مجال الشركات الإتفاق على إعفاء الشريك بالحصة العينية من الضمان [5] .

ومن جانب آخر يترتب على بقاء الشريك بحصة عينية مالكا لحصته أن يتحمل وحده بحسب الأصل تبعة هلاكها [6] . إلا أن الفقه يميل إلى إعتبار تبعة الهلاك من قبيل الخسارة المشتركة ، وذلك لأن الحصة مخصصة لمشروع الشركة ويرجح معه أن يكون الهلاك ناشئا عن حادث يرتبط بتحقيق غرض الشركة [7] . أما فى عقد التأجير التمويلى فقد رأينا أن المستفيد هو الذى يتحمل وحده تبعات الهلاك بغض النظر عن

---

(١) JEANTIN: Société en participation, Encyclopédie Dalloz Sociétés, II, No 75. HEMARD, TERRE et MABILAT: Sociétés commerciales, Tome 1, Dalloz, Paris, 1972, p. 377 No 356.

(٢) JEANTIN, op. cit., No 77.

(٣) DIDIER: Droit commercial, Tome 1, Thémis Droit, P.U.F., Paris, 1970, p. 592. JEANTIN, op. cit., No 82.

(٤) BLAISE: Apports, Encyclopédie Dalloz Sociétés, I, No 193 et 208.

(٥) BLAISE, op. cit., No 193.

(٦) HEMARD, TERRE et MABILAT, op. cit., p. 377 No 356.

(٧) JEANTIN, op. cit., No 79.

الحادث الذى تسبب فيه ولو توافرت فيه خصائص القوة القاهرة . وهو ما لا يمكن تفسيره إذن على ضوء أحكام الشركات ما لم نقر بإقتراح صاحب نظرية شركة المحاصة بتبنى هذا القالب بغض النظر عن المضمون الإتفاقى للعقد . ويحق لنا التساؤل عن جدوى تبنى ذلك الإقتراح إذا لم يكن مقدرا ترتيب الآثار التقليدية لعقد شركة المحاصة .

وتجدر الإشارة إلى أن تسليم المال المملوك لشركة التأجير التمويلى إلى المستفيد بوصفه مديرا للمحاصة يفرض عليه التزاما بإستعمال المال فى تحقيق غرض الشركة . ويعد المدير وكيلا عن الشركاء فى شركة المحاصة وبالتالى فإنه يتعرض للعقوبات المقررة بالمادة ٤٠٨ من التقنين الجنائى الفرنسى الخاصة بجريمة خيانة الأمانة إذا قام بتبديد المال المسلم له على سبيل الحصة [١] . وبالتالى لا يختلف مركز المستفيد بوصفه مديرا للمحاصة عن مركزه كمستأجر للمال إذ يعد عقد الإيجار من عقود الأمانة المنصوص عليها بالمادة ٤٠٨ المشار إليها . ولا يضيف قالب المحاصة جديدا فى هذا الصدد ولكنه يسمح بتحقيق أحد أهداف الطرفين من إفراغ علاقتهما فى قالب الإيجار .

٥٣٨ - ومن مزايا قالب شركة المحاصة أن تقديم الحصص يمثل فيه إداءات الطرفين ، أى محل التزاماتهما الناشئة عن العقد [٢] . ويكفى لإعتبار الشركة صحيحة توافر تعهد الشركاء بتقديم الحصص ، إلا أن لكل شريك حق مطالبة غيره من الشركاء بتقديم حصصهم [٣] . ويكون مؤدى ذلك أن للمستفيد جبر شركة التأجير التمويلى على دفع ثمن شراء الأصل أو تكلفة بناء العقار بإعتباره الكيفية التى يتحقق بها تقديم حصتها النقدية . ولكن إذا قيل بأن الشركة الممولة هى شريك بحصة عينية ، وهو الأرجح فى نظرية شركة المحاصة ، فإن التزامها يقتصر على تسليم الأصل على

---

(١) HEMARD, TERRE et MABILAT, op. cit., p. 383. No 362.

(٢) BLAISE: L' apport en société. Recueil Sirey, Paris, 1955, p. 43 No 29.

(٣) JEANTIN, op. cit., No 71.

على سبيل الحصة . ولا يختلف بالتالى مركز الشركة فى إطار قالب شركة المحاصة عن مركزها فى إطار الإيجار فى مسمى الطرفين . وإذا أضفنا إلى ذلك وجوب الإعتداد بطابع الإذعان فى عقد شركة المحاصة يمكن لشركة التأجير التمويلى أن تتخلص من عبء التسليم ومخاطره من خلال عقود الوكالة أو المقاولة حيث أن نطاق النظام العام فى مجال شركات المحاصة ليس أكثر إتساعا من نطاقه فى مجال عقد الإيجار [١].

٥٣٩ - ويثور التساؤل حول كيفية إنتقال ملكية الأصل إلى المستفيد عند إنقضاء عقد شركة المحاصة . فطبقا لأحكام هذه الشركة يسترد كل شريك الأموال المملوكة له ويتم توزيع الأرباح أو الخسائر الناتجة عن مشروع الشركة [٢] . وليس هناك مجال لتصفية شركة المحاصة نظرا لإنعدام شخصيتها المعنوية ، كما أنه ليس هناك مجال لتوزيع الخسائر فى نظرية شركة المحاصة . إلا أن تلك الأحكام لا تتعلق بالنظام العام ويجوز للشركاء الإتفاق على ما يخالفها . وطبقا لنظرية شركة المحاصة تتحدد مدة العقد بمدة الإهلاك الضريبى للأصل ويمكن للطرفين الإتفاق على إنتقال ملكيته إلى المستفيد عند إنقضاء العقد لإنتهاء مدته .

إلا أنه يلاحظ وجوب الإتفاق على ذلك ، ولا يحول الأمر دون إعتباره شرطا خاصا من شروط تحديد الآثار المترتبة على إنقضاء شركة المحاصة . لكنه شرط لا يستقيم مع إعتبار شركة التأجير التمويلى شريكا بحصة عينية ، إذ يثور التساؤل عن حكمة التخلى عن ملكية الحصة إلى المستفيد عند إنقضاء الشركة . أما إذا قيل بأن الشركة شريك بحصة نقدية فيمكن تبرير الإتفاق على التخلى عن ملكية الأصل بأن الشركة الممولة إستهلكت حصتها النقدية من خلال الدفعات النقدية التى أداها المستفيد طوال مدة عقد الشركة . ويترتب على ذلك عدم جواز تكييف هذه الدفعات بأنها أرباح محضة وإنما هى فى شق إستهلاك للحصة النقدية وفى شق آخر ربح ناتج

---

(١) ويلاحظ أنه فى فرض رجوع عدم التسليم إلى خطأ ينسب إلى شركة التأجير التمويلى يحق للمستفيد طلب فسخ العقد اذا اعتبر عقد ايجار ، وذلك استناداً إلى اخلال الشركة بالتزامها بتسليم الأصل المؤجر . أما فى اطار شركة المحاصة فإنه يجب على المستفيد طلب حل الشركة .

(٢) JEANTIN, op. cit., No 226 et 230.

عن مشروع الشركة . ويمكن تفسير إحتفاظ الشركة بملكية الأصل بإعتباره المقابل العينى لرأسمالها المقدم فى صورة حصة نقدية . ويتضح من ذلك أن قالب شركة المحاصة ما هو إلا ساتر لدور الملكية كضمان ضد مخاطر المستفيد . وربما تراءى لصاحب نظرية شركة المحاصة أنها أكثر قدرة من قالب الإيجار على إخفاء الدور المنوط بالملكية فى وقت كان فيه القضاء الفرنسى ينظر بعين الريبة إلى صيغ البيع الإيجارى والإيجار المقترن بوعد منفرد بالبيع ، بإعتبارها ستارا لشرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان فى عقود بيع تقليدية .

٥٤٠ – ويثور أيضا التساؤل حول مدى إمكانية ترتب الآثار الناشئة عن فسخ عقد التأجير التمويلى بسبب إخلال المستفيد بالتزاماته العقدية ، وذلك فى إطار عقد شركة المحاصة . يلاحظ أولا أن إخلال المستفيد بدفع قسط من أقساط الأجرة يأخذ شكل الإمتناع عن تسليم ما يخص شركة التأجير التمويلى من أرباح ناتجة عن مشروع الشركة . ولا شك أن توزيع الأرباح أثناء عقد الشركة هو من مهام مدير المحاصة . وطبقا لنظرية شركة المحاصة يتم تعيين المستفيد مديرا لها فى عقد الشركة ذاته . ومن المقرر أن عزل المدير المعين فى العقد يفضى إلى إنقضاء شركة المحاصة ، ويلزم لعزل المدير توافر إجماع باقى الشركاء وإنما لا يلزم موافقة المدير ذاته على العزل [١] . وحيث أن شركة المحاصة فى إطار التأجير التمويلى لا تضم سوى الشركة الممولة والمستفيد فإن للأولى عزل المستفيد من الإدارة بإرادتها المنفردة ، مما يترتب عليه إنقضاء الشركة .

ويعد مدير المحاصة مسئولا تجاه الشركاء عن أخطاء الإدارة التى يرتكبها . وبوصفه وكيلا عنهم يمكن إثارة مسئوليته تطبيقا لأحكام المادة ١٩٩٢ من التقنين المدنى الفرنسى [٢] . وليس هناك ثمة ما يمنع من الإتفاق على تحديد قدر التعويض المستحق لشركة التأجير التمويلى بسبب خطأ المستفيد فى إدارة مشروع الشركة .

---

(١) المادة ١٨ من قانون ٢٤ يوليو ١٩٦٦ الخاص بالشركات التجارية .

(٢) JEANTIN, op. cit., No 171.

وإعتبارا من عام ١٩٧٥ يخضع التعويض الإتفاقى لرقابة القضاء ، إلا أن لقالب شركة المحاصة أسوة بقالب الإيجار أثره فى إخفاء الضرر الفعلى الذى يلحق بشركة التأجير التمويلى . وإذا كان صاحب نظرية شركة المحاصة قد صاغها قبل أن يتقرر للقضاء الفرنسى سلطة تعديل الشروط الجزائية ، إلا أن إفراغ عقد التأجير التمويلى فى قالب شركة المحاصة يقضى على كل محاولة تهدف إلى تعديل الشرط الجزائى تأسيسا على تنفيذ الإلتزام فى جزء منه . فما يصح القول به بصدد التزامات متبادلة لا يصح الإستناد إليه بصدد التزامات متوازية كتلك التى تنشأ عن عقود الشركات .

أما عن الأسباب الأخرى لفسخ عقد التأجير التمويلى فمن المقرر أن شركة المحاصة من شركات الأشخاص التى تنقضى بزوال الإعتبار الشخصى لأحد الشركاء . وبالتالى ينقضى عقد الشركة بوفاة المستفيد أو بالحجر عليه أو بشهر إفلاسه ، كما ينقضى بإنسحابه من الشركة أو بإحلال شريك آخر محله . ويلاحظ أن إنقضاء الشركة يترتب فى هذه الأحوال دون حاجة إلى نص خاص على ذلك فى عقد الشركة ، فى حين كان لازما على الطرفين الإتفاق صراحة على ترتيب مثل هذه الآثار فى عقد الإيجار [١] .

٥٤١ – وتجدر الإشارة إلى أن قالب شركة المحاصة يسمح بتحقيق بعض من الأهداف التى يرمى الطرفان إلى تحقيقها : فعقد شركة المحاصة لا يحتاج إلى إفراغه فى شكل كتابى ، وذلك على خلاف جميع أشكال الشركات الأخرى [٢] . ثم أن بقاء شركة التأجير التمويلى مالكة للأصل يسمح لها بخصم مخصصات الإهلاك من وعائها الضريبى . وأخيرا لم يكن هناك الزام بشهر عقد الشركة للإحتجاج بحق ملكية

---

(١) ويلاحظ ان طرق الانقضاء لزوال الاعتبار الشخصى لا تتعلق بالنظام العام . وبالتالى يمكن الاتفاق فى عقد الشركة على استمرارها بالرغم من زوال الاعتبار الشخصى . وعلى ضوء ذلك يمكن تفسير اتفاق الطرفين على حلول شخصى آخر محل المستفيد ، خاصة اذا اجيز له التنازل عن الايجار .

(٢) CAS: Constitution des sociétés, Encyclopédie Dalloz sociétés, I, No 128. LE GALL Erwin: Nullité, Encyclopédie Dalloz Sociétés, II No 28.

شركة التأجير التمويلى للأصل فى مواجهة الغير ، وكان لذلك أهميته البالغة قبل صدور لائحة ٤ يوليو ١٩٧٢ . ومع ذلك يلاحظ أن تقديم حصة عينية عقارية على سبيل الإنتفاع لمدة تزيد على إثنى عشر عاما كان يقتضى شهر العقد طبقا لأحكام شهر عقود الإيجار[١] . إلا أن الحكم المتقدم لم يكن يسرى على عقود شركات المحاصة التى تستعصى على الشهر لعدم لزوم إفراغها فى قالب كتابى . كذلك لا تسرى الأحكام الخاصة بتقديم المحل التجارى كحصة عينية فى حالة تقديمها إلى إحدى شركات المحاصة[٢] .

٥٤٢ - وخلاصة القول إذن أن نظرية شركة المحاصة يشوبها أوجه قصور عديدة فى قدرتها على التعبير عن المضمون الإتفاقى لعقد التأجير التمويلى . إلا أنه فى مجال تحديد الطبيعة القانونية للعقد نؤكد على غياب بعض الأركان الموضوعية الواجب توافرها فى عقد الشركة . فمن جانب يصعب تحديد ما إذا كان ركن تقديم الحصص يرد فيما يتعلق بشركة التأجير التمويلى على رأس المال اللازم للتمويل أو على الأصل الذى يستعمله المستفيد داخل مشروعه . وعن ركن إقتسام الأرباح والخسائر وفضلا عن غياب كل إتفاق على توزيع الخسائر فإن تحديد أقساط الأجرة على ضوء معدل محدد للإهلاك المالى ونفقات الشركة الممولة وهامش الربح الذى تحدده يتنافى مع إعتبارها من قبيل الأرباح الناتجة عن مشروع شركة المحاصة . ففضلا عن ثبات هذه الأقساط والتزام المستفيد بدفعها بغض النظر عن عوائد إستعمال الأصل داخل مشروعه ، يفترض مفهوم الربح سبق تغطية نفقات الإستعمال من عوائدة ، وهو ما لا يتحقق فى عقد التأجير التمويلى إذ يتحمل المستفيد جميع الأعباء الناشئة عن الإنتفاع بالأصل دون أن يكون لها أثر على ما يكون مستحقا للشركة الممولة من مبالغ .

وأخيرا لا يخفى إنتفاء ركن نية المشاركة فى عقد التأجير التمويلى ، إذ لا يعنى توقع الشركة الممولة أن يقوم المستفيد بدفع أقساط الأجرة من عوائد تشغيل

---

(١) BLAISE: Apports, op. cit., No 214.

(٢) انظر الأحكام الخاصة بشهر عقود إيجار المحال التجارية الواردة بالقانون الصادر بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٥٦ : Dalloz 1956, Législation 128.

الأصل أنه صار مشروعا مشتركا يحرص الطرفين على تحقيقه . وخير دليل على إنتفاء نية المشاركة هو ذلك التناقض الحاد بين مصالح الطرفين والذى يكاد كل بند فى العقد ينطق به . ومن جانب آخر من المؤكـد أن المستفيد ينتفع بالأصـل لحسـابه الخاص ولا تحدوه نية إستعماله لمصلحة مشتركة للطرفين . إن شركة التأجير التمويلى تقتطع الفائدة الإجمالية المتضمنة فى أقساط الأجرة من فائض القيمة الذى يتحقق داخل مشروع المستفيد ، لكنها لا يستحق لها ربح من واقع مساهمتها فى ذلك المشروع .

المطلب الثانى

نظريـــــة الإيجـــار المـــالى

٥٤٣ - نعلم أن العمل يجرى على إفراغ العلاقة القانونية الرئيسية الناشئة عن التأجير التمويلى فى قالب الإيجار . فالعقد فى مسمى الطرفين هو عقد إيجار . وبالرغم من تعدد القوالب التعاقدية التى يتشكل منها التأجير التمويلى إلا أن المشرع الفرنسى عرفه بصدور قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ بأنه عقد إيجار يجب السماح فيه للمستفيد بتملك الأصل المؤجر فى نهاية مدة الأيجار . ونذكر بأن المشرع إشترط بصدد تعريف التأجير التمويلى للمنقولات أخذ أقساط الأجرة فى الإعتبار عند تحديد ثمن تملك المستفيد للأصل .

وفى أعقاب صدور قانون ١٩٦٦ تبلورت نظرية الإيجار المالى فى تحديد الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى . ويتضح من تسمية النظرية أن العقد فى أساسه إيجار وإنما يعبر فى جوهره فى علاقة إئتمانية ومالية تربط بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد . ولقد حظت هذه النظرية بقبول واسع فى الفقه الفرنسى . وقد تبناها القضاء الفرنسى أيضا فى غالبية أحكامه المتعلقة بالتأجير التمويلى . ولا شك أن للتعريف التشريعى دوره البالغ فى ذيوع نظرية الإيجار المالى ، ولا أدل على ذلك من هذا الحكم الذى ذهب إلى أن التأجير التمويلى عقد إيجار طبقا لإرادة المشرع . فبالرغم مما تبينته المحكمة من غياب

الآثار التقليدية لعقد الإيجار فى العلاقة الناشئة بين شركـة التأجير التمويلى والمستفيد إلا أنه لم يكن فى وسعها تفادى ما فرضه المشرع الفرنسى من تكييف للعقد [١] .

ونعرض فى فرع أول لأسس نظرية الإيجار المالى كما صاغها أنصارها فى الفقه الفـرنسى . إلا أن الإجـمـاع لم ينعـقـد حـولهـا فى ذلك الفـقـه حـيث لا تلتـزم تحليلاتـه العلمية بما قد يذهب إليه المشرع . فنعرض لأهم ما وجه إلى نظرية الإيجار المـالى من نقد فى فرع ثان .

الفرع الأول

أسس نظريـــة الإيجـار المـــالى

٥٤٤ - طبقا لأنصار نظرية الإيجار المالى يعد الإيجار المقترن بوعد منفرد بالبيع العنصـر الجوهرى الذى يدخل فى تكوين التـأجيـر التـمـويلى ، أى فى إطار القـوالب التعـاقدية المتعـددة التى يتم اللجوء إليها . فبالرغم مما يبدو من طابـع مركـب لعمليـة التأجير التمويلى إلا أن نواته الأساسيـة تظل العلاقـة الإيجاريـة التى يقترن بها وعد منفرد بالبيع [٢] . وبعبارة أخـرى يعد الإيجـار فى التأجير التـمويلى الأداة الرئيـسية لترتيب آثـاره [٣] .

وسوف نرى فيما بعد أن البعض إستند إلى الطبيعة المركبة لعقد التأجير التمويلى للقول بأنه عقد ذو طبيعة خاصة ، وبالرغم من ذلك لم ينكر بأن العنصر الجوهرى من بين العناصر الداخلة فى تكوينه هو عقد الإيجار [٤] .

---

(١) Cour d' appel de Lyon, 31 janvier 1980, Quotidien juridique, 3 février 1981, p. 3.

(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 26.

(٣) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 159.

(٤) CHAMPAUD: Le leasing, op. cit., No 28. MERA, op. cit., p. 52 VINCENT et DEHAN, op. cit., p. 243.

ولا يختلف عقد التأجير التمويلى فى طبيعته القانونية بحسب ما إذا كان واردا على منقول أو عقار أو إذا كان من قبيل التأجير التمويلى اللاحق . ففى كل الأحوال تتحدد طبيعة العقد بأنه عقد إيجار أساسا يقترن به وعد منفرد بالبيع [(١)] .

وجدير بالإشارة إلى أن أول حكم صدر عن القضاء الفرنسى حول التأجير التمويلى أقر بالطبيعة الإيجارية لعقد التأجير التمويلى ، وذهب إلى أنه فى جوهره عقد إيجار مقترن بوعد منفرد بالبيع . وكان ذلك قبل صدور قانون ١٩٦٦ [(٢)] . وقد صار تكييف العقد بأنه إيجار تكييفا رسميا فى فرنسا فى أعقاب صدور هذا القانون . وفوق ذلك من الملاحظ أن ذلك التكييف يكاد يسود فى مختلف الدول الأوروبية [(٣)] .

٥٤٥ – لكن الإيجار فى إطار عقد التأجير التمويلى ليس إيجارا تقليديا أو بعبارة أخرى ليس إيجارا محضا [(٤)] . ففضلا عن وجوب إقترانه بخيار التملك المقرر للمستفيد

---

(١) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 94.

ومع ذلك رأينا من قبل ان محكمة النقض الفرنسية ، فى حكمها الصادر عن غرفتها المدنية الأولى بتاريخ ٣ مايو ١٩٧٣ ، تعرضت للتأجير التمويلى اللاحق وعرفته بأنه قرض مع رهن الأصل رهنا غير حيازى . الا ان اللائحة الخاصة بالاصطلاحات الاقتصادية والمالية الصادرة بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ (Journal Officiel, 3 janvier 1974, JCP 1974, CI, III, 41218) تولت تعريف التأجير التمويلى اللاحق على نحو يجعل آليته الاساسية كامنة فى عقد ايجار يقترن به وعد منفرد بالبيع .

(٢) Tribunal de commerce de La Rochelle, 26 juin 1964, JCP 1965 II 14 331 bis, note LELOUP.

(٣) فالمحاكم المدنية فى المانيا تقر بأن جوهر التأجير التمويلى يمكن فى عقد الايجار BEY: JCP 1983 II 20074, note précitée . وفى بلجيكا ومنذ صدور حكم محكمة جاند فى ٢٧ يونيو ١٩٦٦ استقر القضاء على تكييف العقد بأنه إيجار : VEROUGSTAETTE: Le contrat de leasing, Revue de la Banque, Belgique, 1969, p. 616 وذلك بالرغم مما يذهب إليه الفقه البلجيكى من الاعتراف بالصبغة غير الواقعية للايجار فى اطار التأجير التمويلى : GIOVANOLI, op. cit., p. 303 No 398.

(٤) BEY: De la publicité..., op. cit., No 2.

ليس إيجارا محضا خلال مدة إنتفاع المستفيد بالأصل وإنما هو إيجار مالى [(١)] .

ويترتب على هذا أنه متى كان الوعد بالبيع ضروريا لتحقيق إنتقال ملكية الأصل إلى المستفيد فى نهاية مدة العقد يصير الوعد بالبيع ركنا جوهريا فى العقد ، بحيث أننا لا نكون بصدد عقد تأجير تمويلى إذا إنتفى الوعد بالبيع وإنما بصدد إيجار تقليدى [(٢)] .

أما عن خصائص الإيجار أثناء مدة العقد التى ينتفع المستفيد خلالها بالأصل فيذهب أنصار نظرية الإيجار المالى إلى أن الإيجار هو « ثوب » التأجير التمويلى من حيث الشكل . إلا أن التأجير التمويلى يعبر فى جوهره عن علاقة مالية ليست من قبيل علاقات الإئتمان التقليدية وإنما علاقة من نوع خاص وغير مسبوق [(٣)] . فالإيجار قالب تعاقدى تتحقق من خلاله علاقة الإئتمان هذه مما يقتضى تهيئة أحكام الإيجار للتعبير عن الجانب الإئتمانى فى العلاقة [(٤)] .

ولقد رأينا كيف تم إستغلال الطبيعة المكملة لقواعد عقد الإيجار ، حيث يمكن القول بصفة عامة أنه تم إستبعاد أحكام الإيجار المتعارضة مع الطبيعة الإئتمانية

---

(١) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 68.

(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 119. PACE: Pratique..., op. cit., p. B2. CHAMPAUD: Le leasing, op. cit., No 31. COILLOT: La loi du 2 juillet..., op. cit., LE ROUYER DE LA FOSSE, op. cit., p. 3. CALAIS-AULOY, op. cit., No 30. HARI-CHAUX-RAMU, op. cit., p. 221 No 6. N' DIZI, op. cit., p. 196. CAPIEZ, op. cit., p. 16. RODIERE et RIVES-LANGE, op. Cit., p. 411N (2).

(٣) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 48, 49.

(٤) CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 1. CHAMPAUD: Le leasing, op. Cit., No 36. LELOUP: JCP 1967 II 15 291, note précitée. CAPORALE, op. cit., p. 7. CALAIS-AULOY, op. cit., No 9. GOYET, op. cit., p. 116 No 210.

المحضة للعقد ، كما تم تضمين عقد التأجير التمويلى من الأحكام ما يتفق مع تلك الطبيعة وما كانت الأحكام العامة للإيجار لتقضى بها . والمثال على المسلك الأول إعفاء الشركة الممولة من عبء الصيانة أو من ضمان العيوب الخفية ، أما المثال على المسلك الثانى إضفاء طابع الإعتبار الشخصى على العقد أو تحديد التعويض الإتفاقى على نحو يقربه من الإتفاق على سقوط الأجل [(١)] .

٥٤٦ – ويستند أنصار النظرية إلى الطابع المالى للإيجار لتفسير كل تناقض ظاهر بين الطبيعة المالية الحقيقية للتأجير التمويلى وتكييف العقد القانونى بأنه عقد إيجار : فالتأجير التمويلى يتمثل من الوجهة الإقتصادية فى قرض نقدى يتم إهلاكه وإستيفاء عوائده خلال مدة الإيجار ، فلا تبين الطبيعة المالية العميقة لهذه العملية ثلاثية الأطراف إلا بإختراق ثوبها القانونى المتمثل فى الإيجار [(٢)] .

ويمكن تفسير الخصائص المميزة لعقد الإيجار فى إطار التأجير التمويلى على ضوء هذه الحقائق . فيجب أن تكون مدة الإيجار غير قابلة للإلغاء حتى يتم إهلاك كامل رأس المال الموظف فى الصفقة [(٣)] . كذلك يصبح أمرا طبيعيا أن تتحدد قيمة أقساط الأجرة على أساس ما إستثمرته الشركة الممولة من رأسمال فى سبيل تنفيذ الصفقة [(٤)] . وحيث أن دورها يقتصر على تمويل الأصل فمن البديهى أن يتم إعفاؤها من الإلتزامات التى تشغل كاهل المؤجر التقليدى ، كما يجب إعفاؤها من

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول دور الارادات الخاصة فى تذويب الفوارق الحادة بين الايجار والائتمان انظر رسالتنا للدكتوراه ، سابق الاشارة إليها ، ص ٦٥٣ وما بعدها .

(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 7 et 30.

(٣) GAUDRION, op. cit., p. 20. CAPIEZ, op. cit.., p. 8. GOYET, op. cit., p. 34 No 60.

(٤) BEY et GAVALDA, op. cit., p.67 et 100. CREMIEUX-ISRAEL, op. cit., p. 14. PACE: Pratique..., op. cit., p. E 13. CAPORALE, op. cit., p. 42. BENDER, op. cit., p. 76. GOYET, op. cit., p. 35 No 61. EL KRIMI, op. cit., p. 19.

المخاطر التى قد تنشأ عن إستعمال الأصل داخل مشروع المستفيد [١] .

وإستكمالا لبناء النظرية يشير أنصارها إلى أن الوعد المنفرد بالبيع يجد مكانته الطبيعية فى عقد التأجير التمويلى . فملكية الأصل تمثل ضمانا بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى ضد مخاطر إعسار المستفيد . والمستفيد يوفى فى حقيقة الأمر ثمن الأصل المؤجر من خلال أقساط الأجرة . ويترتب على ذلك أنه من البديهى بل أنه من العادل أن يسمح للمستفيد بتملك الأصل فى نهاية مدة الإيجار [٢] . ونظرا إلى أن الشركة الممولة تلتزم إبتداء بنقل ملكية الأصل إلى المستفيد فى حين أن لهذا الأخير حق إعمال خيار التملك المقرر له أو تركـه يكون الوعد بالبيع وعدا منفردا بالبيع ، لا يلزم سوى شركة التأجير التمويلى [٣] .

لا تخفى إذن أهمية الإيجار وطابعه المميز فى عقد التأجير التمويلى : فهو من جانب الأساس القانونى لإسترداد شركة التأجير التمويلى أصل رأس المال والحصول على عوائده ، وهو يسمح من جانب آخر للمستفيد بإكتساب ملكية الأصل المؤجر بصفة مجزأة ومطردة دون أن ينعكس ذلك على مضمون العقد لا من الوجهة الإقتصادية ولا من الوجهة القانونية ، فالعقد فى جميع الأحوال هو عقد إيجار [٤] .

٥٤٧ – ولا شك أن التعريف التشريعى للتأجير التمويلى يتضمن عناصر نظرية الإيجار المالى : فجوهر العقد علاقة إيجارية ، إلا أن الشركة المؤجرة تشترى الأصل أو تنشؤه من أجل التأجير ، وتبقى الشركة مالكة للأصل طوال مدة الإيجار ، ويخول

---

(١) CAPORALE, op. cit., p. 43.

(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 36.

(٣) BEY: De la symbiotique..., op. cit., p. 171. CHAMPAUD: Le leasing, op. cit., No 31.

(٤) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail immobilier, op. Cit., p. 110.

ويؤكد الاستاذان المشار إليهما ان اكتساب الملكية بصفة مجزأة ومطردة يتحقق فى ذهن المستفيد باعتباره الغاية التى يسعى إلى تحقيقها . ولا شك ان القول بذلك يهدف إلى الحيلولة دون إمكانية تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد بيع بالتقسيط احتفظ فيه البائع بملكية الأصل على سبيل الضمان .

العقد للمستفيد حق تملك الأصل فى نهاية هذه المدة ، وأخيرا يؤخذ فى الإعتبار عند تحديد ثمن التملك ما تم سداده من أقساط الأجرة طوال مدة العقد .

فبالرغم من توافر عناصر خارجة عن الإيجار بمفهومه التقليدى ، إلا أن المشرع الفرنسى صريح فى تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد إيجار . ويمثل موقف المشرع حجة قوية لأنصار نظرية الإيجار المالى [١] .

ومع ذلك يلاحظ أن المشرع الفرنسى عند إصداره قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ لم يكن يعنى بأكثر من إخضاع منشآت التأجير التمويلى لنظام قانونى محدد ، هو النظام القانونى الخاص بالبنوك والمؤسسات المالية فى هذا الوقت . إلا أنه فى سبيل تحديد المنشآت التى تخضع لذلك النظام كان لزاما عليه أن يحدد ماهية هذه المنشآت ، ولم يكن الأمر ممكنا إلا على ضوء تحديد المقصود بالتأجير التمويلى . ولقد إهتدى المشرع فى تعريفه للتأجير التمويلى بما كان يجرى عليه العمل فى فرنسا وإكتفى بتقنين مسمى الطرفين للعقد . وتم ذلك دون تروى من المشرع فى نظر البعض [٢] ، ودون أن يتصدى بيسالة للخصائص المميزة للتأجير التمويلى فى نظر البعض الآخر [٣] .

أياً كان الأمر ففى ظل تعريف المشرع للتأجير التمويلى بأنه عقد إيجار ، وفى ظل غياب تنظيم مضمون العقد بنصوص خاصة [٤] ، لا مناص من تطبيق القواعد العامة فى عقد الإيجار والتسليم بدور الإرادات الخاصة فى الخروج على القواعد المكملة لإرادة الطرفين .

---

(١) BEY: JCP 1987 II 20 865, note précitée.

(٢) CALON: Crédit-bail immobilier..., op. cit., No 4.

(٣) MASSIN, op. cit., p. 39.

(٤) ونذكر بان قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ المعدل بموجب لائحة ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ لا يتعرض لمضمون عقد التأجير التمويلى الا فى جزئيتين فقط : وجوب تحديد شروط التقايل بناء على ارادة المستفيد فى عقود التأجير التمويلى العقارى ، والتزام المتصرف إليه تجاه المستفيد فى حالة قيام شركة التأجير التمويلى بالتصرف فى الأصل المؤجر . وقد سبق لنا تحليل تلك المسألتين .

الفرع الثانى

تقدير نظرية الإيجار المالى

٥٤٨ - تقوم نظرية الإيجار المالى على إعلاء دور الإرادات الخاصة فى ارساء البناء القانونى للتأجير التمويلى ، وذلك على مستويين : الأول هو حرية اللجوء إلى قوالب تعاقدية محددة تفرغ فيها العلاقة القانونية الناشئة بين الطرفين ، والثانى هو التأثير البالغ على المضمون الإتفاقى لتلك القوالب مستغلة فى ذلك الطبيعة المكملة للقواعد الواجبة التطبيق عليها .

وعن الجانب الأول من الثابت أن العبرة ليست بمسميات الأطراف وإنما بحقيقة العلاقة العقدية ، وهو ما يخول القضاء سلطة تكييف العقد على ضوء طبيعته الحقيقية دون التفات لما قد يكون ورد به من مسمى له . إلا أن القضاء الفرنسى صار مكبلا بتعريف المشرع للتأجير التمويلى وإستقر على أنه عقد إيجار يقترن به وعد منفرد بالبيع [١] .

أما عن الجانب الثانى يتضح لنا أن دور الإرادات الخاصة لم يقتصر على تنظيم العلاقة الإيجارية على نحو يتفق ومصالح الطرفين ، لكن شركات التأجير التمويلى إستطاعت من خلال إرساء شروط العقد تفريغ عقد الإيجار فى صورته التقليدية من مضمونه وبالرغم من تمسكها بهذا القالب العقدى لم تنشأ ترتيب آثاره التقليدية [٢] .

ويثور التساؤل حول مدى إمكانية التوفيق بين الإعتراف بالطبيعة الإيجارية للعلاقة وإستبعاد جميع الآثار التقليدية التى تترتب على عقد الإيجار . ففى نظر البعض لا بأس من الخروج على القاعدة المكملة والإعتداد بدور الإرادات الخاصة فى تنظيم جانب من العلاقة على وجه مخالف لحكم القاعدة ، لكن فى مجال التأجير التمويلى نلحظ إهدارا كليا ونمطيا لأحكام عقد الإيجار برمتها أدى إلى تشويه الإيجار فيه مما يحتم إعادة النظر فى تحديد الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى [٣] .

---

(١) Cassation commerciale, 30 mai 1989, JCP 1989 IV 283.

(٢) BAKOUKA, op. cit., p. 94.

(٣) GOYET, op. cit., p. 50 No 98.

٥٤٩ - إلا أن العبرة فى الوقوف على الطبيعة الإيجارية للعلاقة تكون بمدى توافر الأركان الرئيسية لعقد الإيجار فيها ، من عين مؤجرة ومدة وأجرة . ولاشك أن عقد التأجير التمويلى يتضمن ولوبصفة ظاهرة تلك العناصر : فالشركة الممولة تمكن المستفيد من الإنتفاع بالأصل خلال مدة يحددها العقد مقابل أن يقوم المستفيد بدفع أقساط الأجرة . ومع ذلك لا يكفى مجرد توافر تلك العناصر الثلاثة لإضفاء الطبيعة الإيجارية على العلاقة ، لأنه عند هذا الحد قد لا تسمح تلك العناصر بالتمييز بين عقد الإيجار وعقد البيع بالتقسيط مع إحتفاظ البائع بالملكية على سبيل الضمان : فقد يأخذ الأصل وصف المبيع ، والأجرة وصف أقساط الثمن ، وتكون المدة مدة الوفاء بهذه الأقساط . وإنما على ضوء مقصود الطرفين من العقد تتحدد طبيعة الأداءات الناشئة عنه وتتحدد بالتالى الطبيعة القانونية للعقد .

والواقع أن الإيجار هو تعبير عن إستغلال مال عن طريق تمكين الغير من الإنتفاع به بعوض . وهو ما لا يتوافر فى عقد التأجير التمويلى حيث لا تكتسب شركة التأجير التمويلى ملكية الأصل وتحتفظ بها إلا كضمان ضد مخاطر اعسار المستفيد . ويعنى ذلك أنه فى نظر الشركة الممولة ينشأ التزام المستفيد بدفع أقساط الأجرة إستقلالا عن إنتفاعه بالأصل ، وإنما يجد الإلتزام سببه فى التمويل الذى قامت بمنحه له فى صورة دفع ثمن الأصل الشراء أو دفع تكلفة البناء . ولقد عبر عقد التأجير التمويلى عن ذلك بإعفاء الشركة الممولة من كافة المسئوليات التى قد تترتب على إنقطاع إنتفاع المستفيد بالأصل أو تهديده .

وتجدر الإشارة إلى أن عقد التأجير التمويلى لا يمثل السابقة الأولى فى إخفاء دور الملكية كضمان تحت مسمى الإيجار ، فقد سبقه إلى الوجود عقد البيع الإيجارى [١] . ففى هذا العقد الأخير يكون جوهر الصفقة بيعا منح فيه المشترى إئتمان فى دفع الثمن فى صورة أقساط متعددة.وفيه يحتفظ البائع بملكية المبيع على

---

(١) THUILLIER: Location - vente. Encylopédie Dalloz Civil. V, No 1 et 2.

سبيل الضمان ، حيث يستطيع إسترداد المبيع فى حالة إمتناع المشترى عن سداد أقساط الثمن [1] . ومن أجل توفير مزيد من الفاعلية لهذا الضمان ، سواء فى مواجهة المشترى أو فى مواجهة الغير ، أفرغت العلاقة فى قالب الإيجار مع تمكين المشترى من تملك المبيع عند سداد كامل أقساط الثمن [2] .

ولا يخفى ما يكمن بين البيع الإيجارى - متى كان تعبيراً عن نشاط يحترف البائع القيام به - والتأجير التمويلى من إختلاف : ففى العقد الأولى يحترف البائع البيع مما يدل على أن ثمن البيع يتضمن هامش ربحه . وهو فوق ذلك يمنح المشترى إئتمانا فى الوفاء بالثمن مقابل فائدة تغطى نفقات منح الإئتمان ودخل إضافى له مقابل تقديمه تلك الخدمة . والمبيع فى الأصل مملوك له ويهدف من وراء التصرف فيه الكسب ، إلا أنه يحتفظ بملكية ما يملك على سبيل الضمان حتى يفرغ المشترى من سداد أقساط الثمن . أما شركة التأجير التمويلى فلا تحترف البيع ويقتصر نشاطها على توظيف رأسمالها النقدى فى تمويل إستثمارات عملائها ، ولا يعد التصرف فى الأصل مصدرا للدخل بأى حال من الأحوال . والدليل على ذلك عدم إحتفاظها بملكية ما تملكه أصلا على سبيل الضمان رغم التصرف فيه وإنما تكتسب ملكية الأصل بمناسبة إبرام عقد التأجير التمويلى وإحتفاظها بها إلى أن يتم المستفيد سداد أقساط الأجرة .

وبالرغم من الإختلاف الجوهرى بين النظامين المشار إليهما إلا أنهما يشتركان فى إستغلال قالب الإيجار فى إخفاء دور الملكية كضمان ضد مخاطر اعسار المتعاقد الآخر . ويمكن القول أنه على ضوء موقف القضاء الفرنسى من ظاهرة البيع الإيجارى كساتر لبيع حقيقى مالت شركات التأجير التمويلى إلى إفراغ العلاقة الناشئة بينهما

---

(١) MAZEAUD et CHABAS, op. cit., Tome 3, p. 210 No 923.

(٢) MALAURIE et AYNES: Droit civil: Les contrats spéciaux, op. cit., p. 332 No 807.

وبين المستفيد فى قالب الإيجار المقترن بوعد منفرد بالبيع تفاديا لمخاطر الوعد الملزم للجانبين بالبيع الذى يتضمنه البيع الإيجارى [١] .

٥٥٠ – ويذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى جواز إستغلال قالب الإيجار فى التعبير عن علاقة إئتمان : فالإئتمان فى مفهومه الأساسى هو التفاوت الزمنى بين اداثين متقابلين ، ويتضمن الإيجار فى طيه إئتمانا نظرا للتفاوت بين مدة الإنتفاع بالأصل وتاريخ إستحقاق الأجرة . لكن المراد من الإيجار فى علاقات الإئتمان هو تمكين المستأجر من إكتساب ملكية الأصل المؤجر ليس فى وقت إبرام العقد وإنما بعد سداد مقابل التملك . فالإيجار هو سبيل المستأجر فى إكتساب ملكية الأصل المؤجر [٢] .

وبفرض تسليمنا بصحة هذا الرأى فإنه يترتب عليه عدم جواز تكييف الدفعات النقدية التى يوفى بها المستأجر بأنها من قبيل الأجرة . فالأجرة تكون مستحقة مقابل الإنتفاع بالعين المؤجرة لا من أجل إكتساب ملكيتها . وبعبارة أخرى يجب تكييف تلك الدفعات بأنها أقساط للثمن إذا كانت الغاية من دفعها إكتساب الملكية . وهو ما يصدق فى عقد البيع الإيجارى على عكس عقد التأجير التمويلى حيث لا تعدو أقساط الأجرة إهلاكا لرأسمال الشركة الممولة مع تغطية نفقاتها وتوفيرهامش ربحها . ويترتب على ذلك أيضا عدم جواز إعتبار مدة العقد بمثابة مدة الإنتفاع بالعين المؤجرة ، بل هى مدة سداد أقساط الثمن فى البيع الإيجارى ومدة إهلاك رأس المال فى التأجير التمويلى .

وعلى ذلك إذا كان من الثابت أن شركة التأجير التمويلى لا تستغل ملكية الأصل عن طريق تمكين المستفيد من الإنتفاع به ، ولا تقابل أقساط الأجرة الإنتفاع

---

(١) DERRIDA: La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives, Dalloz 1980, Chronique 293, N (11).

(٢) GOYET, op. cit., p. 3 No 5.

بالأصل ، ولا تعدو مدة العقد مدة إهلاك رأسمال الشركة ، غابت عن عقد التأجير التمويلى الأركان الرئيسية لعقد الإيجار ولا يجوز بالتالى تكييفه قانونا بأنه عقد إيجار. ولا شأن بعد ذلك للمضمون الإتفاقى للعلاقة ، فسواد عمدت شركة التأجير التمويلى الى ترتيب الآثار التقليدية للإيجار أو عمدت إلى إستبعادها جميعا تنتفى عن العقد طبيعته الإيجارية .

٥٥١ - ومن الثابت أن شركة التأجير التمويلى تفرض هيمنتها المطلقة على المضمون الإتفاقى للعقد ، بل ان مسمى عقد الإيجار يرد فى نماذج العقود المطبوعة التى تقدمها إلى عملائها . ويتضح من ذلك أن للقالب المتقدم أهميته بالنظر إلى مصالحها هى وبغض النظر عن أهميته بالنسبة إلى مركز المستفيد .

ويمكن تلخيص أهمية قالب الإيجار بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى فى النقاط الرئيسية الآتية :

١ - يمثل عقد الإيجار السند القانونى لإحتفاظ الشركة بملكية الأصل طوال مدة العقد ، فضلا عما يقرره من جواز الإحتجاج بالملكية فى مواجهة الغير .

٢ - يسمح عقد الإيجار بوصفه من العقود المستمرة بخلق الإمتداد الزمنى لإلتزام المستفيد الرئيسى المتمثل فى دفع أقساط الأجرة ، ويسمح الإتفاق على عدم قابلية مدة العقد للإلغاء بضمان إهلاك رأسمال الشركة بالكامل أو الجانب الأعظم منـه .

٣ - يحول قالب الإيجار دون إنتقال ملكية الأصل إلى المستفيد طوال مدة العقد ، مما يسمح لشركة التأجير التمويلى بالإفادة من مزايا خصم مخصص إهلاك الأصل من وعائها الضريبى .

٤ - يحول قالب الإيجار دون إمكانية تكييف العقد بأنه عقد قرض أو عقد بيع بالتقسيط ، وتتفادى شركة التأجير التمويلى بذلك الخضوع لأحكام القانون رقم ٦٦ - ١٠١٠ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٦٦ الذى يهدف إلى رد الفائدة الإتفاقية

الربوية إلى حدود معقولة [١] .

٥ - تتسم القواعد العامة فى عقد الإيجار بالطابع المكمل لإرادة المتعاقدين ، مما يسمح لشركة التأجير التمويلى بتفادى جل الأعباء والمسئوليات الناشئة عنه من جانب وتكليف المستفيد بتبعاته من جانب آخر .

٦ - وأخيرا يضفى قالب الإيجار حماية فعالة لشركة التأجير التمويلى ضد خطر تصرف المستفيد فى المنقول المؤجر ، بوصف الإيجار من عقود الأمانة فى مفهوم المادة ٤٠٨ من تقنين العقوبات الفرنسى .

٥٥٢ - وعلى ضوء ما تقدم تأتى نظرية الإيجار المالى تعزيزا لمسلك شركات التأجير التمويلى وتبريرا لمركز المستفيد الفريد كما يتحدد على ضوء الأحكام الإتفاقية للعقد . فتكييف العقد بأنه إيجار يسمح لشركة التأجير التمويلى بتحقيق الأهداف المشار إليها أعلاه . أما وصفه بأنه إيجار مالى ففيه تبرير لعدم ترتيب الآثار التقليدية لعقد الإيجار وإقرار لما يذهب إليه العقد من تحديد حقوق والتزامات المستفيد ونطاق المسئوليات التى يتحملها .

ولا أدل على ذلك من موقف أنصار نظرية الإيجار المالى من تطبيق أحكام اللائحة رقم ٥٣ - ٩٦٠ بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ على عقود التأجير التمويلى العقارى . وتتضمن اللائحة المذكورة أحكاما خاصة بإيجار العقارات التى تخصص لمزاولة الأعمال التجارية بمفهومها القانونى فيها فيما يسمى بالإيجار التجارى [٢] . وتتعلق أحكامها بالنظام العام لما توفره من حماية لمستأجرى العقارات الخاضعة لها [٣] .

وقد رأينا من قبل أن المشرع الفرنسى إستبعد فى قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ المعدل بلائحة ٢٨ سبتمير ١٩٦٧ تطبيق الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الثالثة - أولا من

---

(١) راجع فى ذلك ما سبق لنا عرضه حول مدى خضوع عقد التأجير التمويلى لأحكام القانون المشار إليه بمناسبة الحديث عن ادعاءات الحد من آثار الشرط الجزائى الوارد بالعقد ، وذلك قبل صدور قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ .

(٢) LAFARGE: Baux commerciaux, Encyclopédie Dalloz Civil, I, No 1.

(٣) LEFEBVRE, op. cit., No 4.

لائحة ١٩٥٣ على عقود التأجير التمويلى العقارى . وتسمح تلك الفقرتان للمستأجر بطلب فسخ عقد إيجار العقار بصفة دورية كل ثلاث سنوات . وقد إستبعد المشرع تطبيقهما نظرا لما يترتب على طلب الفسخ الدورى من إنقطاع الإهلاك المالى لرأسمال شركة التأجير التمويلى [(١)] . وفى مقابل حرمان المستفيد من طلب الفسخ الدورى فرض المشرع على عقود التأجير التمويلى تحديد شروط التقايل بناء على إرادة المستفيد . وقد سبق لنا التعرض لتلك المسألة .

إلا أن جانبا من الفقه الفرنسى إتجه إلى وجوب إخضاع عقد التأجير التمويلى العقارى لأحكام لائحة ١٩٥٣ إلا فيما إستثناه المشرع صراحة . وإستند فى ذلك إلى الطبيعة الإيجارية للعقد من جانب [(٢)] ، وإلى نص قانون ١٩٦٦ الذى يستخلص منه بمفهوم المخالفة وجوب تطبيق أحكام اللائحة من جانب آخر [(٣)] .

بينما سلم البعض الأخر بوجوب تطبيق أحكام اللائحة مع الإشارة إلى ما يكمن فى ذلك من خطورة على مصالح طرفى عقد التأجير التمويلى ، وناشد المشرع بضرورة التدخل لإستبعاد تطبيق أحكام اللائحة [(٤)] .

وتكمن أهمية تطبيق أحكام لائحة ١٩٥٣ بالنسبة إلى المستفيد فيما تقضى به المادتان ٢٦ و٢٨ منها : فبموجب المادة الأولى يستطيع المستفيد طلب مراجعة قيمة

---

(١) OUERDRAOGO, op. cit., p. 26. PACE: Pratique..., op. cit., p. c
2. SOLAL: le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 98. WALTER, op. cit., p. 2.

وتجدر الاشارة إلى أنه منذ صدور القانون رقم ٨٥ - ١٤٠٨ بتاريخ ٢٠ ديسمبر ١٩٨٥ لم يعد نص اللائحة المشار إليه فى قانون ١٩٦٦ متعلقاً بالنظام العام ، لكن الأمر لا يحول دون وجوب إعمال حكم القانون الأخير الذى لا يزال نافذاً حتى الآن .

(٢) BALME, op. cit., No 81. SAUCEDO - POLO, op. cit., 29. VI-ATTE: le crédit - bail, op. cit.

(٣) LEFEBVRE, op. cit., No 4. DE CAGNY, op. cit., septembre 1970, p. 760.

(٤) ATTAL, op. cit., 787. OUERDRAOGO, op. cit., p. 361. OHL, op. cit., p. 45.

الأجرة حتى تظل ملائمة لقيمة العقار الإيجارية . ويستطيع بموجب المادة الثانية طلب مراجعة قيمة الأجرة إذا أدى إعمال شرط الوفاء بمعدل متحرك إلى زيادة قيمة القسط من الأجرة بمقدار ربع قيمة القسط السابق عليه ، ويجب على القاضى رد الشرط إلى ما يوازى القيمة الإيجارية للعقار وقت الطلب [١] . ولقد رأينا من قبل أن غالبا ما تتضمن عقود التأجير التمويلى شرط الوفاء بمعدل متحرك .

ولقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى وجوب إعمال حكم المادة ٢٨ من لائحة ١٩٥٣ دون حكم المادة ٢٦ منها فى مجال التأجير التمويلى العقارى . وبعبارة أخرى لا يجوز المساس بقيمة أقساط الأجرة نظرا لما يتميز به التأجير التمويلى على خلاف الإيجار التقليدى للعقارات . ولكن يجب إضفاء الحماية على المستفيد فيما يتعلق بالآثار السلبية التى تنشأ عن إعمال شرط الوفاء بمعدل متحرك الوارد بالعقد [٢] .

٥٥٣ – ولقد تبارى أنصار نظرية الإيجار المالى فى سياق الحجج الرامية إلى إستبعاد تطبيق جميع أحكام لائحة ١٩٥٣ على عقود التأجير التمويلى العقارى : فقيل بعدم جواز الإستناد إلى صياغة قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ للقول بوجوب تطبيق أحكام اللائحة بمفهوم مخالفة النص . ذلك أن أحكام لائحة ١٩٥٣ هى أحكام خاصة ببعض أنواع الإيجار ولا يجوز إعمال مفهوم المخالفة إلا إذا كان يفضى إلى تطبيق القواعد العامة [٣] .

إلا أن الرأى المتقدم واضح الفساد : ذلك أن القواعد العامة فى الإيجار تسرى

---

(١) VASSEUR: Observations sous Tribunal de Grande Instance de Bobigny, 9 août 1977 et Cour d' appel de Paris, 16° chambre B, 24 février 1978, Dalloz 1978, I.R. 305.

(٢) ATTAL, op. cit., p. 788. BAUGAS, op. cit., p. 68.

(٣) BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op. cit., Fasc. 651, No 55. ARMAND - PREVOST: JCP 1980 II 19327, note précitée.

على جميع أنواع الإيجارات ما لم توجد نصوص خاصة ببعض أنواعها ، وفى هذه الحالة الأخيرة لا تسرى إلا هذه النصوص الخاصة بفرض خضوع النوع الخاص للإيجار لأحكامها . وتعد قواعد لائحة ١٩٥٣ نصوصا خاصة بالمقارنة بنصوص القواعد العامة . أما إذا كنا بصدد نوع أكثر خصوصية من أنواع الإيجار كالتأجير التمويلى يكون السؤال المطروح هو مدى خضوعها لأحكام النصوص الخاصة الواردة بلائحة ١٩٥٣ فتسرى عليها دون القواعد العامة . ولاشك أن إستبعاد حكم وحيد من أحكام لائحة ١٩٥٣ لدليل على قناعة المشرع بخضوع عقد التأجير التمويلى العقارى لأحكام هذه اللائحة ، وإلا ما كان فى حاجة إلى إستبعاد أى من أحكامها لعدم سريانها مطلقا عليه [١] .

ولذلك إنصب إعتراض أنصار نظرية الإيجار المالى على الإثم الذى إقترفه المشرع الفرنسى بأن أوحى بخضوع عقد التأجير التمويلى العقارى لأحكام لائحة ١٩٥٣ . فاللائحة ترد فى نظر هؤلاء على الإيجارات التقليدية للعقارات المخصصة لأغراض تجارية، ولا تسرى بالتالى على عقد التأجير التمويلى حيث لا يعد الإيجار فيه إيجارا تقليديا وإنما هو إيجار مالى [٢] . ويكفى إذن الإعتداد بما يتسم به العقد من طابع خاص ومميز لإستبعاد تطبيق أحكام اللائحة [٣] .

وتتعدد الحجج التى تساق للدلالة على ذلك وتتنوع : فالتأجير التمويلى وسيلة لتمويل إستثمار عقارى ولا يدخل بالتالى فى إطار ما يهدف المشرع إلى تنظيمه من خلال الأحكام الخاصة بالإيجار التجارى [٤] . وتتمثل الغاية من التمويل فى إكتساب المستفيد لملكية العقار وهو ما يتحقق من خلال العقد ، فلا حاجة إذن إلى إضفاء حماية خاصة عليه تجد أساسها فى أحكام الإيجار التجارى [٥] . وحيث أن الإيجار فى

---

(١) VIATTE: Le crédit - bail, op. cit.

(٢) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail immobilier, op. cit., p. 22. CALAIS - AULOY, op. cit., No 80.

(٣) GUYON: Les conventions..., op. cit., No 4. PENFORNIS et GUYENOT, op. cit., p. 15.

(٤) PEDAMON, op. cit., p. 250 No 1.

(٥) ARMAND - PREVOST, note précitée.

التأجير التمويلى إيجار مالى [١] ، وحيث أن الإيجار والوعد بالبيع لا يقبلان الإنقسام [٢] ، لا يمكن الإعتراف للمستفيد بحق طلب مراجعة قيمة الأجرة لما يترتب على ذلك من عدم توازن مالى [٣] ، يمس إستقرار المعاملات فى مجال التأجير التمويلى [٤] ، ويعد عائقا فى سبيل ذيوع وإنتشار التأجير التمويلى العقارى [٥] . وبعبارة أخرى تتعارض مراجعة الأجرة تعارضا صارخا مع الأسس الإقتصادية والمالية لعقد التأجير التمويلى [٦] . ونظرا لما يسود الإقتصاد الفرنسى من موجات تضخمية يصعب السيطرة عليها لن يتأتى لشركات التأجير التمويلى الإبقاء على قدرتها التنافسية وتقديم خدماتها ما لم تستطع الحد من آثار تلك الموجات التضخمية من خلال إعمال شرط الوفاء بمعدل متحرك [٧] .

ولقد حاول البعض التخفيف من حدة آثار تطبيق أحكام لائحة ١٩٥٣ بالقول بوجوب تفنيط أجرة التأجير التمويلى إلى شقيها : إهلاك رأس المال من جانب والفائدة الإجمالية من جانب آخر . ويعد الشق الأول مقابل تملك المستفيد للعقار بينما يعد الشق الثانى ثمن إنتفاعه به طوال مدة العقد . وبالتالى لا يخضع لمراجعة القضاء سوى ذلك الشق الثانى من أجرة التأجير التمويلى [٨] .

ولم يسلم الرأى المتقدم من النقد لأن مؤداه إعتبار التأجير التمويلى بيعا بالتقسيط فى حين أنه فى جوهره عقد إيجار [٩] . ويبرز من ذلك مدى التناقض فى

---

(١) BEY: JCP 1978 II 18934, note sous Cour d' appel de Paris, 16° chambre B, 24 février 1978, et JCP 1981 II 19655, note sous Cassation civile, 3° chambre, 10 juin 1980.

(٢) BEY: jurisclasseur Banque et Crédit, op. cit., Fasc. 651, No 54.

(٣) GUYON: Les conventions..., op. cit., No 10.

(٤) ARMAND - PAEVOST, note précitée.

(٥) BEY: JCP 1978 II 18934, note précitée.

(٦) OUERDRAOGO, op. cit., p. 372.

(٧) BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op. cit., Fasc. 651, No 50.

(٨) CALON: Crédit - bail immobilier, op. cit., No 11.

(٩) OUERDRAOGO, op. cit., 376.

فكر أنصار نظرية الإيجار المالى : فالتأجير التمويلى ليس بإيجار محض فى سبيل إستبعاد شبهة البيع عنه . ويتأرجح أنصار النظرية بين الإستناد إلى فكرة الإيجار وتحويرها على ضوء ما يخدم نظريتهم ، أو ما يخدم مصالح شركات التأجير التمويلى . ويشير البعض إلى إمكانية تفنيط أجرة التأجير التمويلى على النحو المتقدم دون أن يكون لهذا جدواه إذ تدخل عدة عناصر أخرى فى تكوين الأجرة [١] . وإذا سلمنا بإمكانية تفنيط أجرة التأجير التمويلى فإنها لدليل على عدم أخذ القيمة الإيجارية للعقار فى الإعتبار عند تحديدها ، فالفائدة الإجمالية كشق من الأجرة تمثل عائد توظيف رأس المال وهى لا تتحدد إلا على ضوء معادلة مالية صرفة . ويترتب على ذلك عدم توافر الحكمة من مراجعة الأجرة حتى تظل ملائمة لقيمة العقار السوقية [٢] .

٥٥٤ – وكان تصدى القضاء الفرنسى لمدى خضوع عقد التأجير التمويلى العقارى لأحكام لائحة ١٩٥٣ إختبارا جديا لنظرية الإيجار المالى . وفى إحدى القضايا رفضت محكمة باريس الإبتدائية فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٤ فبراير ١٩٧٧ تطبيق المادة ٢٨ من لائحة ١٩٥٣ على عقد التأجير التمويلى العقارى محل النزاع ، وذلك تأسيسا على عدم خضوع العقد لأحكام تلك اللائحة لما يتسم به من خصائص مميزة عن عقود الإيجار الخاضعة لها . كذلك أخذت المحكمة بالدفع الذى أبدته الشركة الممولة من عدم جواز القول بوجوب تطبيق اللائحة بمفهوم مخالفة نص المادة الأولى – ثانيا من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ ، حيث تعد أحكام اللائحة أحكاما خاصة ببعض أنواع الإيجارات وليست من قبيل القواعد العامة .

ولقد طعن المستفيد فى الحكم المشار إليه أمام محكمة إستئناف باريس ، وذهبت فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٤ فبراير ١٩٧٨ إلى عكس ما ذهبت إليه محكمة أول درجة [٣] . ولقد إستندت المحكمة إلى الطبيعة الإيجارية لعقد التأجير

---

(١) BEY: JCP 1978 II 18984, note précitée.

(٢) VASSEUR: Dalloz 1978, I.R. 305, observations précitées.

(٣) Cour d' appel de Paris, 16° cchambre B,24 février 1978, note précitée de BEY. Dalloz 1978, I R 305, observations précitées de VASSEUR.

ولقد تعرض حكم المحكمة الاستئنافية المشار إليه لحيثيات حكم محكمة أول درجة المذكورة .

التمويلى ، وما ذهب إليه المشرع من إستبعاد فقرتين من نصوص لائحة ١٩٥٣ مما يعنى وجوب تطبيق سائر أحكام اللائحة الأخرىٰ على العقد دون أن يؤثر فى ذلك مدى إعتبار تلك الأحكام من النصوص الخاصة . وقضت المحكمة بوجوب أخذ فى الإعتبار الأعباء الخاصة بالإهلاك المالى فى أجرة التأجير التمويلى وقامت بمراجعة الشق من الأجرة الذى قدرته مقابلا للإنتفاع بالعقار .

وجدير بالإشارة إلى أنه فى النزاع المعروض أمام المحكمة أدى إعمال شرط الوفاء بمعدل متحرك الوارد بالعقد إلى إرتفاع الأجرة المستحقة بنسبة ٤١,٦٪ من قيمة الأجرة المقدرة أصلا فى العقد . ولا شك أن موجبات العدالة حثت محكمة الإستئناف على التخفيف من حدة آثار شرط الوفاء بمعدل متحرك ، وحرصت على عدم إهدار المصالح المشروعة لشركة التأجير التمويلى بقصر تدخلها بتعديل شق الأجرة المقابل للإنتفاع بالعقار .

ثم عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية ، فحكمت بعدم خضوع عقد التأجير التمويلى العقارى لأحكام لائحة ١٩٥٣ . وإستندت فى ذلك إلى ما يرمى إليه العقد من إكتساب المستفيد لملكية العقار مقابل الوفاء بالدفعات النقدية الممتدة فى الزمـــان (١) .

وفى حكم آخر لها أيدت المحكمة العليا ما ذهبت إليه محكمة باريس الإستئنافية فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ إبريل ١٩٧٩ (٢) ، من عدم جواز تطبيق أحكام لائحة ١٩٥٣ على عقود التأجير التمويلى العقارى لأنه بالرغم من أن جوهر العقد إيجار للعقار إلا أنه يعبر عن علاقة تمويل لإستثمار يبغى المستفيد تحقيقه دون أن يضطر إلى تمويله بمصادر ذاتية ، مما يترتب عليه إعتبار أقساط الأجرة مقابل مكنة تملك العقار

---

(١) Cassation civile, 10 juin 1980, Dalloz 1980, jurisprudence 566, note GUYON et JCP 1981 II 19655, note BEY.

(٢) Cour d' appel de Paris, 16° chambre A, 25 avril 1979, JCP 1980. II 19327, note ARMAND - PREVOST.

مع دفع ثمن له لا يتجاوز قيمته المتبقية الرمزية [1] .

وفى حكم ثالث لمحكمة إستئناف باريس يتأكد عدم خضوع العقد لأحكام لائحة ١٩٥٣ . وقد أيدت المحكمة حكم محكمة بوبينى الإبتدائية الصادر بتاريخ ٩ أغسطس ١٩٧٧[2] بحجة أن الغاية من التأجير التمويلى العقارى هى إكتساب ملكية المبانى وأن سبب العقد يكمن فى الوعد المنفرد بالبيع . ومن شأن ذلك إضفاء طابع خاص على التأجير التمويلى بوصفه مصدرا لعلاقة إئتمانية جوهرها تمويل العقار [3] .

٥٥٥ - يمكن القول إذن أن القضاء الفرنسى إنتصر لنظرية الإيجار المالى فيما يتعلق بتحديد مدى سريان أحكام لائحة ١٩٥٣ على التأجير التمويلى العقارى [4] . فالعقد من الوجهة القانونية عقد إيجار ، لكنه يتميز بطابعه المالى الذى يحول دون تطبيق أحكام اللائحة المذكورة . ومما يدعو إلى العجب إستدلال القضاء بنية تملك المستفيد للعقار لإبراز الطابع المالى لعقد التأجير التمويلى ، لكنه لا يعيد النظر فى تكييف العقد ولا يرى فيه بيعا مع إحتفاظ شركة التأجير التمويلى بملكية العقار على سبيل الضمان .

ويجد المستفيد مصالحه فى مهب ريح القضاء الذى يرجح تارة جانب الإيجار فى العقد وتارة أخرى ما يتسم به من طابع مالى : فهو إن طالبه بمراجعة الأجرة تطبيقا لأحكام قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٦٦ الخاص بالربا يجيبه بالرفض تأسيسا على الطبيعة الإيجارية للعقد التى تحول دون سريان أحكام القانون عليه . أما إذا طالبه بمراجعة الأجرة تطبيقا لأحكام لائحة ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ تحول الطبيعة المالية للعقد دون

---

(١) Cassation civile, 3° chambre, 11 octobre 1980, Dalloz 1981, IR 54.

(٢) Tribunal de Grande Instance de Bobigny, 9 août 1977, Dalloz 1978, I.R. 305, observations VASSEUR.

(٣) Cour d' appel de Paris, 23° chambre A, 6 mars 1979, JCP 1979 II 19212, note BEY et Dalloz 1979, I. R. 359, observations VASSEUR.

(٤) VASSEUR: Dalloz 1981, IR 20 Observations sous Cassation civile, 3° chambre, 10 juin 1981.

خضوعه لأحكامها . ولا شك أن الفقه والقضاء الفرنسيين وجدا فى نظرية الإيجار المالى سبيلا مواتيا لرفض إدعاءات المستفيد بالتخفيف من الآثار المالية الحادة المترتبة على العقد [١] .

المطلب الثالث

نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان

٥٥٦ - من بين العقود المسماة التى ينظمها التقنين المدنى الفرنسى يعد القرض القالب النموذجى للتعبير عن علاقات التمويل . وبالرغم من أن التمويل كظاهرة إقتصادية أعم وأشمل من القرض الذى لا يعدو سوى صورة من صور التمويل يميل الفقه إلى تكييف عقود التمويل ، على إختلاف صورها ، بأنها من قبيل عقود القرض [٢] .

ولم يسلم عقد التأجير التمويلى من تلك المحاولة لتحديد طبيعته القانونية ، إذ لاشك أن الغاية الجوهرية منه تتمثل فى تمويل إستثمار محدد للمستفيد . ومع ذلك ليس من المقطوع به أن تتفق أحكام العقد الإتفاقية مع أحكام عقد القرض كما ينظمها التقنين المدنى الفرنسى . فنعرض فى فرع أول للأسس التى تقوم عليها نظرية القرض كما صاغها أنصارها ثم نتولى تقديرها على هدى من أحكام عقد القرض فى القانون الفرنسى .

---

(١) لا نهدف من ابداء تلك الملاحظة القول بوجوب مراجعة الأجرة أو شروط الوفاء بمعدل متحرك ، أو بصفة عامة وجوب اضفاء حماية خاصة على المستفيد . لكننا نستدل منها على الطابع المختلق لنظرية الايجار المالى وكيف ترتب عليها اهدار كل حماية للمستفيد بالرغم من أحكام القانون . ولا بأس من انتفاء هذه الحماية إذا تحددت الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى على نحوها الصحيح .

(٢) DE JUGLART et IPPOLITO, op. cit, No 1678.

الفرع الأول

أسس نظريـة القـرض مع نقـل الملكيـة على سبيل الضمـــان

٥٥٧ - وضع الأستاذ CALON دعائم هذه النظرية . فقد ذهب إلى أن عقد التأجير التمويلى هو قرض تمنحه شركة التأجير التمويلى إلى المستفيد . ويتقرر للشركة الممولة الإحتفاظ بملكية الأصل لضمان إسترداد القرض . بينما يتقرر للمستفيد الإنتفاع بالأصل بمقتضى عقد إيجار ، إلا أن للإيجار دورا تبعيا وثانويا لا يرتقى إلى إضفاء طابعه على عقد التأجير التمويلى .

فالتأجير التمويلى وسيلة مستحدثة من وسائل التمويل ، يمثل الضمان المقرر للشركة الممولة حجر الزواية وجوهر العقد . وبالتالى يعد الإحتفاظ بالملكية من طبيعة العقد أى ركنا من أركانه الرئيسية . وإتجاه نية الطرفين إلى منح الشركة الممولة هذا الضمان جلى فى العقد ، يجعل منه عنصرا جوهريا لإتفاقهما لا غنى عنه وليس مجرد إتفاقا يتبع إتفاقهما الأصلى بالتمويل (١) .

ويوجز الفقيه فكرته فى العبارة الآتية : إن مهمة شركة التأجير التمويلى لا تكمن مطلقا فى تملك الأصل لأجل تأجيره ، وإنما تكمن فى إقراض النقود مقابل تملك الأصل على سبيل الضمان (٢) .

٥٥٨ - ثم يضع الكاتب فكرته موضع الإختبار من خلال تفسير الأحكام الإتفاقية لعقد التأجير التمويلى : فالشركة الممولة لا تتملك الأصل إلا على سبيل الضمان وبالتالى تزيل عن كاهلها كافة تبعات الملكية أو الإنتفاع بالأصل (٣)

---

(١) CALON: La location..., op. cit., p. 98.

(٢) CALON: Crédit-bail immobilier..., op. cit., No 4.

(٣) op. cit., No 4.

ويتعارض ثمن التأجير التمويلى تعارضا صارخا مع المفهوم المبدئى للإيجار ، الذى يجعل من الأجرة مقابل الإنتفاع بالعين المؤجرة . فالدفعات النقدية التى يلتزم المستفيد بدفعها طوال مدة العقد ، وأحيانا من قبل بدء إنتفاعه بالأصل ، تمثل رد ثمن الأصل الذى أوفته شركة التأجير التمويلى على سبيل القرض ، تضاف إليه « أجرة » لا تمثل مقابل إنتفاع المستفيد بالأصل وإنما هى فائدة أو ثمن توظيف رأسمال الشركة الممولة . ويتم تحديد ثمن التأجير التمويلى عن طريق معادلة مالية دون أخذ فى الإعتبار القيمة الإيجارية للأصل[١] .

ومتى إستوفت شركة التأجير التمويلى مبلغ القرض لم يعد للضمان الذى تقرر لها أدنى جدوى ، لذلك تمنح المستفيد مكنة تملك الأصل فى نهاية مدة العقد[٢] .

ويترتب على ذلك عدم جواز تفسير تعهد شركة التأجير التمويلى بتمكين المستفيد من الإنتفاع بالأصل بموجب وعد بالتأجير ملزم للجانبين[٣] ، فالأصل عند التعاقد لا يكون مملوكا لشركة التأجير التمويلى بل قد يكون مملوكا للمستفيد . وإنما تكتسب الشركة ملكية الأصل بقصد الإحتفاظ بها على سبيل الضمان وليس بقصد تأجيره إلى المستفيد[٤] . ومع ذلك يكون المستفيد فى مركز المستأجر لأنه ينتفع بالأصل طوال مدة العقد بموجب عقد إيجار . إلا أن الإيجار ليس جوهر العقد ولم يكن المستفيد ليشغل مركز المستأجر لولا أن الضمان المقرر للشركة الممولة يتخذ هذه الصورة الخاصة ألا وهى حق ملكية الأصل[٥] .

---

(١) Op. cit., No 7.

(٢) Op. cit., No 5.

(٣) يشير الفقيه بذلك إلى تحليل CHAMPAUD للعناصر الداخلة فى تكوين عقد التأجير التمويلى المركب ، وعنده ان أول العناصر الداخلة فى تكوينه هو وعد ملزم للجانبين بالتأجير (Le leasing, op. Cit., No 28) . وسوف نعود إلى دراسة التحليل المتقدم عند الحديث عن تكييف عقد التأجير التمويلى فى اطار العملية ثلاثية الاطراف .

(٤) CALON: Crédit-bail immobilier..., op. cit., No 7.

(٥) Op. cit., No 8.

٥٥٩ - ويستكمل الأستاذ GIOVANOLI بناء النظرية ، فالأساس النظرى عند CALON سليم لكن عرضه لفكرته يكتنفه بعض أوجه القصور : فرائد النظرية لا يبرهن على طبيعة القرض بالرغم من غياب عنصر نقل ملكية النقود من شركة التأجير التمويلى إلى المستفيد . كذلك لا يحدد طبيعة الضمان المقرر للشركة فى صورة إحتفاظها بملكية الأصل ومكانته من بين أحكام الحقوق العينية . ومن جانب آخر لا تسمح فكرة القرض كما صاغها رائد النظرية بتفسير الخيار الثلاثى المقرر للمستفيد ، فهى إن فسرت تملك المستفيد للأصل لا تفسر رده إلى الشركة الممولة أو مد الإيجار [١] .

ويشير GIOVANOLI إلى أن الخيار الثلاثى لا يكون مقررا للمستفيد فى ممارسات جميع شركات التأجير التمويلى فى مختلف الدول وبالتالى لا يمكن إعتباره من العناصر الجوهرية لتكييف عقد التأجير التمويلى [٢] . ويضاف إلى ذلك أنه فى حالة تملك المستفيد للمبانى تطبيقا لأحكام الإلتصاق العقارى لا يتضمن العقد خيارا ثلاثيا لمصلحة المستفيد حيث تنتفى الحاجة إليه [٣] .

٥٦٠ - وإنطلاقا من هذه الملاحظات المبدئية يذهب الباحث إلى أن جوهر عملية التأجير التمويلى المركبة يكمن بلاشك فى قيام شركة التأجير التمويلى بإقراض مبلغ من النقود للمستفيد ، ويلتزم هذا الأخير برده فى صورة أقساط نقدية [٤] . ولا ترضى شركة التأجير التمويلى عن ملكية الأصل محل التمويل بديلا كضمان لإسترداد مبلغ القرض [٥] . بينما يحتفظ المستفيد بالإنتفاع بهذا الأصل [٦] .

---

(١) GIOVANOLI, op. cit., p. 268 No 330.

(٢) وتجدر الاشارة إلى ان دراسة الكاتب للتأجير التمويلى هى دراسة مقارنة بين عدة دول غربية : فرنسا والمانيا الاتحادية (وقتئذ) وبلجيكا وايطاليا وسويسرا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الاميكية . وبالتالى فهو لا يتقيد فى تحليله العلمى للعقد بأحكام قانون وضعى بعينه .

(٣) GIOVANOLI, op. cit., p. 255 No 318.

(٤) Op. cit., p. 370 No 464.

(٥) Op. cit., p. 370 No 465.

(٦) Op. cit., p. 371 No 466.

وتتضافر أربع أعمال قانونية في ترتيب آثار متعاقبة تفضي إلى تحقيق ما يرمى إليه الطرفان ، والذى تعبر عنه العناصر الأساسية الثلاثة المشار إليها أعلاه . وتتمثل الأعمال القانونية الأربعة فيما يلى :

١ - قيام بائع الأصل ببيعه إلى المستفيد .

٢ - إقراض شركة التأجير التمويلى مبلغ من النقود إلى المستفيد .

٣ - توكيل المستفيد شركة التأجير التمويلى فى دفع المبلغ المقترض إلى البائع .

٤ - قيام المستفيد بنقل ملكية الأصل إلى شركة التأجير التمويلى دون أن يتخلى عن حيازته [١] .

ويتضح من ذلك أن الباحث يرتكز فى تحليله على الصورة التقليدية للتأجير التمويلى التى يتم فيها شراء الأصل من طرف ثالث هو البائع . وتجدر الإشارة إلى أنه يقر بأن تلك الأعمال القانونية الأربعة لا تظهر بهذا الوصف فى العمل ، وإنما تتعرض لعملية إختزال لا تحول دون تحقيق الأهداف المنشودة : فمآل المبلغ النقدى إلى أن يتسلمه البائع ، ومآل حق ملكية الأصل إلى إكتساب شركة التأجير التمويلى له ، ويمكن تحقيق هذين الأثرين من خلال عقد بيع يربط مباشرة بين البائع وشركة التأجير التمويلى دون حاجة إلى مرور المبلغ النقدى أو الأصل بذمة المستفيد . لكن العلاقة المباشرة لا تغير من الأمر شيئا ، فالشركة لا توفى بالثمن إلا بوصفها وكيلا عن المقترض ، ويتلقى هذا الأخير الأصل مع إحتفاظ الشركة الممولة بملكيته [٢] .

٥٦١ - وعلى ضوء ذلك لا يعد حق الملكية سوى ضمان لإسترداد القرض وإستيفاء نفقات الشركة الممولة ، المالية منها والعامة ، وإستحقاق هامش الربح المقرر لها. ويصير بديهيا أنه مع وفاء المستفيد لتلك المبالغ لا يكون للضمان جدواه بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى ، ويسترد المستفيد ملكية الأصل فى نهاية مدة العقد . إلا أنه

---

(١) Op. cit., p. 376 No (18).

(٢) Op. cit., p. 376 No (18).

لأسباب ضريبية ومحاسبية من جانب وخشية تكييف العقد بأنه بيع إيجارى أو بيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان من جانب آخر لجأت شركات التأجير التمويلى إلى منح المستفيد خيار ثلاثى بدلا من الإتفاق على إنتقال الملكية إليه بقوة القانون فى نهاية مدة العقد [1] .

ويترتب على ذلك أن الثمن المتفق عليه كمقابل تملك المستفيد للأصل هو فى حقيقة آخر قسط لمبلغ القرض ، تزول مع وفاء المستفيد له أهمية الضمان بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى فيسترد المستفيد ملكية الأصل . ويجب تفسير الخيار الثلاثى على هدى من هـذه الحقيقة ، فيكون مد العقد إهلاكا للقيمة المحاسبيـة المتبقيـة للأصل [2] ، أما اذا قام المستفيد برد الأصل إلى شركة التأجير التمويلى فنكون بصدد وفاء بمقابل لذلك القسط الأخير من مبلغ القرض [3] .

وهـذا ما يفسر أن القسط الأخير من القرض ، أى ثمن تملك المستفيد للأصل ، يعادل القيمة المحاسبية المتبقية للأصل فى أغلب الفروض ولا يجاوزها فى جميع الأحوال . وبذلك يمكن لحق الملكية أن يؤدى دوره كضمان حتى بالنسبة إلى هذا القسط الأخير إذا ما إختار المستفيد رد الأصل إلى شركة التأجير التمويلى [4] .

٥٦٢ – ثم يجتهد الباحث فى تحديد طبيعة الروابط القانونية الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد . ويذهب إلى أن الشركة تترك الإنتفاع بالأصل للمستفيد لأن سلوكها لا يختلف فى عمومه عن سلوك الدائن المرتهن لأحد أموال المدين رهنا رسميا أو من تصرف فى المال مع إحتفاظه بالملكية على سبيل الضمان [5] .

ويشير الباحث إلى أن شركة التأجير التمويلى تتولى الإدارة القانونية للأصل المملوك لها بوصفها وكيلا عن المستفيد . فالشركة لا تستبقى لحسابها من المكنات

---

(١) Op. cit., p. 381 No 476.
(٢) Op. cit., p. 381 No 476.
(٣) Op. cit., p. 383 No 479.
(٤) Op. cit., p. 382 No 478.
(٥) Op. cit., p. 399 No 498.

التى يقررها حق الملكية سوى تلك الضرورية لتأمين فعاليته كأداة ضمان ، أما فيما يجاوز ذلك فإن الشركة تدير الأصل لحساب المستفيد حتى يتسنى لها وضعه تحت تصرفه فى نهاية مدة العقد (١) .

وإزاء الترابط الوثيق بين شراء الأصل من البائع وبين منح الإئتمان إلى المستفيد يتسع نطاق التزامات هذا الأخير فى مواجهة شركة التأجير التمويلى ، ويتحمل نتيجة ذلك التداخل بين الظاهرتين جميع الأعباء والمخاطر الناشئة عن الإنتفاع بالأصل (٢) . ومن شأن ذلك جعل المستفيد فى مركزشبيه بمركز المنتفع بالأصل متى كان حق الإنتفاع ناشئا عن العقد . ففى مثل هذه الحالة يتسم سلوك مالك الرقبة بسلبية تامة فيما يتعلق بإستعمال المنتفع للأصل وإستغلاله ، وهو ما يتسم به سلوك شركة التأجير التمويلى أيضا تجاه المستفيد (٣) .

الفـرع الثانى
تقدير نظريــة القـرض مع نقل الملكيــة
على سبيل الضمــان

٥٦٣ - وجه أنصار نظرية الإيجار المالى عدة إنتقادات لمحاولات تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه قرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان . فالقرض فى نظر هؤلاء يعين على تحليل العقد من الوجهة الإقتصادية وإنما لا يمكن على أساسه تحديد طبيعة العقد القانونية (٤) . ولا يمكن من جانب آخر القول بقيام المستفيد بنقل ملكة الأصل إلى شركة التأجير التمويلى عل سبيل الضمان ، لأن العقد لا يبدأ سريانه إلا فى أعقاب إمتلاك الشركة للأصل مما لا يصح معه القول بأن المستفيد ينقل

---

(١) Op. cit., p. 400 No 500.

(٢) Op. cit., p. 405 No 505.

(٣) Op. cit., p. 402 No 503.

(٤) BEY et GAVALDA: Le crédit-bail mobilier, op. cit., p. 53. CALAIS - AULOY, op. cit., No 8. CABRILLAC, op. cit., No 18.

للشركة مالا هو مملوك لها [1] . ويضاف إلى ذلك أن القواعد العامة فى القانون الفرنسى تنظم عددا من التأمينات العينية لا يندرج من بينها التأجير التمويلى [2] .

ولا يجوز فى نظر هؤلاء الإستدلال على طبيعة القرض بالكيفية التى تتحدد بها أجرة التأجير التمويلى . ولئن كان تقدير الأجرة يجد أساسه فى وضع مبلغ نقدى تحت تصرف المستفيد فى صورة دفع مقابل تملك الأصل ، إلا أنه لا يجوز إغفال أنها تكون مستحقة مقابل إنتفاع المستفيد بالأصل طوال مدة العقد [3] .

ولا يمكن من جانب آخر إغفال مركز المستفيد كمستأجر للأصل ، رغم الدواعى التى تملى تمكينه من إكتساب ملكيته فى نهاية مدة الإيجار . ولا يجوز إنزال حق الملكية إلى مصاف التأمين العينى ، ذلك أن إجبار شركة التأجير التمويلى على الإحتفاظ بالملكية بالرغم من سداد المستفيد كامل أقساط الأجرة يتعارض مع المفهوم المبدئى للتأمين العينى الذى ينقضى حتما مع إنقضاء الدين المضمون به [4] .

٥٦٤ - ولقد أبدى البعض ملاحظة جوهرية خاصة بالتأجير التمويلى اللاحق : ففى هذه الصورة الخاصة للتأجير التمويلى ، وحيث تنحصر الروابط القانونية بين الشركة الممولة والمستفيد ، ينتقل حق الملكية مباشرة من المستفيد إلى الشركة . ويمكن معه القول بأن جوهر العقد يتمثل فى وضع مبلغ من النقود تحت تصرف المستفيد ، ويكون التزام المستفيد برد المبلغ مضمونا بأوسع الحقوق العينية نطاقا ألا وهو حق الملكية [5] . ولا يختلف جوهر التأجير التمويلى فى صورته التقليدية عن جوهر التأجير التمويلى اللاحق ، إلا أن لتدخل طرف ثالث ، وهو البائع أو مقاول إنشاء المبانى ، أثره فى وضع عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ دون أن يمتد ذلك الأثر إلى جوهر العقد .

---

(١) BEY: Jurisclasseur Banque et Crédit, op. cit., Fasc. 651, No 5.

(٢) BEY: ibid.

(٣) BEY et GAVALDA: Le crédit - bail mobilier, op. cit., p. 53.

(٤) CABRILLAC, op. cit., No 18.

(٥) PARLEANI, op. cit., p.732 No 71.

وقيل فى الرد على ذلك أن التأجير التمويلى اللاحق يسمح للمستفيد بالحصول على مبلغ نقدى يعادل أو يقارب القيمة السوقية للأصل . والقول بأن التأجير التمويلى قرض يضمنه حق ملكية الأصل يجعل منه عقدا يحوى رهنا مغلقا غير مشروع . ولا يستقيم الكشف عن الرهن المغلق إلا إذا كان المبلغ النقدى الذى يحصل عليه المقترض يقل كثيرا عن قيمة الأصل المرهون السوقية . ذلك أن الرهن لا تكون له فعالية إلا إذا تجاوزت القيمة السوقية للمال المرهون قيمة الدين المرهون . أما وأن المستفيد يحصل على مبلغ يعادل أو يقارب القيمة السوقية للأصل فلا يجوز معه القول بأن العقد بمثابة قرض إقترن به رهن مغلق ، وإنما يعد المبلغ بمثابة ثمن يتقرر للمستفيد مقابل نقل ملكية الأصل إلى شركة التأجير التمويلى فيكون العقد المبرم بينهما بيعا [1] . ويضاف إلى ذلك أن المستفيد ينشد الإنتفاع بالأصل بالرغم من إنتقال ملكيته إلى شركة التأجير التمويلى . فالإنتفاع بالأصل غاية رئيسية للمستفيد يرمى إلى تحقيقها من خلال عقد التأجير التمويلى . ومن شأن ذلك جعل الإيجار عقداً شرطيا فى إتفاق التأجير التمويلى ، تستبعد معه إمكانية القول بأن المراد من العقد نقل الملكية الضمانية [2] .

ومع ذلك يلاحظ من جهة أن تعهد شركة التأجير التمويلى بدفع مبلغ يعادل أو يقارب القيمة السوقية للأصل ليس أمرا مقصورا على التأجير التمويلى اللاحق ، بل إن من خصائص التأجير التمويلى فى مختلف صوره ورود الإئتمان على ثمن تملك الأصل . ويبقى السؤال المطروح هو هل تكسب شركة التأجير التمويلى ملكية الأصل لكى تتمتع بالسلطات الثلاثة التى يخولها حق الملكية لصاحبه على الشىء أم أنها تكسب تلك الملكية كأداة لضمان وفاء المستفيد بالتزامه الرئيسى بدفع أجرة التأجير التمويلى ؟ لا شك أنه على ضوء أحكام عقد التأجير التمويلى يتبين لنا أن الملكية لا تعدو ضمانا للشركة الممولة ضد مخاطر اعسار المستفيد . أما التخوف من إعتبار العقد

---

(١) OHL, op. cit., p. 15.

(٢) OHL, op. cit., p. 23.

قد تضمن رهنا مغلقا فلم يعد له مجال مع تقنين التأجير التمويلى . وبعبارة أخرى إذا سلمنا جدلا بأن عقد التأجير التمويلى يتضمن رهنا معلقا فقد أضفى المشرع الفرنسى عليه طابع المشروعية إستثناء من القواعد العامة التى تقضى ببطلان الرهن المغلق بطلانا مطلقا [١] .

ومن جهة أخرى إن ترجيح الإنتفاع بالأصل على تلقى المبلغ النقدى كسبب لعقد التأجير التمويلى اللاحق بالنسبة إلى المستفيد ليس سديدا . فلا شك أنه لولا التأجير التمويلى اللاحق ما تلقى المستفيد المبلغ النقدى . أما الإنتفاع بالأصل فكان مقررا له من قبل إبرام العقد ، بل كانت له على الأصل أوسع السلطات بوصفه مالكا له . ولقد ترتب على إبرام العقد التضييق من تلك السلطات والزام المستفيد بأعباء ما كان مجبرا على تحملها بوصفه مالكا للأصل . ومع ذلك لا يخفى مدى حرص المستفيد على الإبقاء على إنتفاعه بالأصل بالرغم من نقل ملكيته إلى شركة التأجير التمويلى . ولئن كان أثر عقد التأجير التمويلى اللاحق يتمثل فى إحتفاظ المستفيد بالإنتفاع بالأصل وليس تقرير ذلك الإنتفاع له إبتداء ، لم يعد الإنتفاع بالأصل دليلا قاطعا على عدم إستهداف تقديم ضمان غير حيازى إلى شركة التأجير التمويلى مقابل تلقى المبلغ النقدى [٢] .

٥٦٥ – إن من مزايا نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان إبراز الدور المنوط بحق الملكية فى إطار التأجير التمويلى ، وكذلك تفسيرها لظاهرة تحمل المستفيد لكافة الأعباء والمخاطر الناشئة عن الإنتفاع بالأصل .

---

(١) GIOVANOLI, op. cit., p. 381 No 476.

(٢) اما فى الصورة التقليدية للتأجير التمويلى من الثابت ان المستفيد لم يكن قبل ابرام العقد متفعاً بالأصل لانتفاء ملكيته له . وتكتسب شركة التأجير التمويلى ملكية الأصل بمناسبة ابرام العقد ولكن من خلال طرف اجنبى عنه هو البائع أو مقاول انشاء المبانى . ويترتب على ذلك وجوب القول بان الانتفاع بالأصل يتقرر ابتداء من خلال عقد التأجير التمويلى ، ويكون بالتالى من اركانه الرئيسية . وبغض النظر عن الآثار المترتبة على وجود هذا العنصر ضمن اركان العقد لا ينبغى فى تقديرنا اغفال وجوده وتأثيره اذن على تحديد الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى .

إلا أن ما يعيبها هو تحديد طبيعة الروابط القانونية الناشئة بين طرفى العقد ومحاولتها تفسير التفاعل بين عناصر العقد الرئيسية : القرض والملكية الضمانية والإنتفاع بالأصل . ففى فكر الأستاذ CALON نعود إلى قالب الإيجار لتفسير مركز المستفيد من الإنتفاع بالأصل . إلا أن للإرادات الخاصة دورها فى تهيئة عقد الإيجار ليصير ملائما لعلاقة الإئتمان ، ونكون بذلك قد دنونا من نظرية الإيجار المالى فى تفسير الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد . أما الأستاذ GIOVANOLI فلا يحدد على وجه الدقة حقيقة طبيعة مركز المستفيد ، إذ يذهب إلى أنه فى مركز شبيه بمركز المنتفع بالأصل . ويهدف من ذلك إلى تفسير نطاق أعباء المستفيد المتعلقة بالإنتفاع بالأصل والمحافظة عليه ، لكنه لا يجعل المستفيد صاحب حق إنتفاع يرد على الأصل لأن نية الطرفين لم تتجه نحو تقرير حق عينى للمستفيد على الأصل [١] .

ومن جانب آخر يذهب الباحث إلى أن المستفيد يقوم بنقل ملكية الأصل إلى شركة التأجير التمويلى ، أى أنه قدم لها ضمانا غير حيازى إلى أن يكتمل وفاؤه بمبلغ القرض . ويتبين لنا من ذلك أن المستفيد كان ليبرم عقد البيع مباشرة مع البائع ، فيكون بالتالى فى مركز المشترى بما يقرره له من حقوق ، لولا أن إختزال الأعمال القانونية التى يشهدها التأجير التمويلى أدى إلى إرتباط الشركة الممولة مباشرة مع البائع بموجب عقد البيع . وبعبارة أخرى يكون إختزال الأعمال القانونية مصدر إنعدام الروابط المباشرة بين البائع والمستفيد . ويفسر الباحث ذلك بأنه لا حاجة بالمبلغ النقدى أو ملكية الأصل من المرور بذمة المستفيد . ولكننا نرى أن إنعدام الروابط المباشرة بين البائع والمستفيد يمثل غاية مقصودة فى ذاتها لما فيها من تهديد للضمان المقرر لشركة التأجير التمويلى . فلقد رأينا مدى حرص الشركة الممولة على الهيمنة على رجوع المستفيد على البائع بضمان العيوب الخفية ، وذلك عن طريق منح حق الرجوع بواسطتها وبتحديد نطاق الرجوع المقرر للمستفيد . وأكثر ما تخشاه الشركة فى هذا الصدد هو إعمال المستفيد دعوى رد المبيع كما رأينا . إلا أن هيمنتها على رجوع

---

(١) GIOVANOLI, op. cit., p. 402 No 503.

المستفيد على البائع بالضمان لم يكن ليتوافر لها لولا إنعدام الروابط المباشرة أصلا بين البائع والمستفيد .

ويذهب الباحث إلى تفسير مد عقد التأجير التمويلى بأنه إهلاك للقيمة المحاسبية المتبقية للأصل . وهو تفسير مقبول فى الفروض التى يحدد فيها العقد ثمنا لتملك المستفيد للأصل فى نهاية مدة العقد . إلا أن عقود التأجير التمويلى العقارى التى تسمح للمستفيد بإكتساب ملكية العقار بموجب وعد منفرد بالبيع غالبا ما تحدد ثمن التملك بالفرنك الواحد الرمزى . فإذا تقرر للمستفيد حق طلب مد العقد فإنه من العسير تفسير ذلك بإهلاك الفرنك الرمزى عن طريق ما يوفى به المستفيد من أجرة على مدى عام أو عامين . ومع ذلك لا يمكن إغفال جانب الصحة فى ذلك التفسير حيث من الملاحظ أن أغلب عقود التأجير التمويلى العقارى المشار إليها لا تتضمن سوى خيار ثنائى بين تملك العقار مقابل الوفاء بالثمن الرمزى وبين رده إلى شركة التأجير التمويلى . فبما أن الإهلاك المالى قد إكتمل من خلال أقساط أجرة التأجير التمويلى لا تجد شركة التأجير التمويلى جدوى من تمكين المستفيد من طلب مد العقد . إلا أن العقود التى تقرر للمستفيد هذا الحق على ندرتها لا تترك مجالا لتأويل ما تضمنته من حكم ، ولا مناص من الإعتراف بأنه يتقرر للمستفيد مد الإنتفاع بالعقار فى صورة إيجار تقليدى [١] .

أما تفسير رد الأصل بأنه وفاء بمقابل فلا ننكر أنه يتفق وما يرمى إليه الطرفان . لكن من زاوية الفن القانونى يعترى هذا التفسير عيب جوهرى : ذلك أن الوفاء بمقابل يفترض نقل ملكية مال مملوك للمدين إلى الدائن على سبيل الوفاء بالدين [٢] ، وهو

---

(١) وجدير بالذكر ان تلك هى ممارسة بعض الشركات العقارية للتجارة والصناعة التى يدور غرضها الرئيسى بين تأجير العقارات تأجيراً تمويلياً وتأجيرها تأجيراً تقليدياً . وهى تمزج بين وجهى النشاط فى عقود التأجير التمويلى التى تبرمها مع عملائها ، فيكون للعميل تملك العقار او استئجاره فى صورة ايجار تقليدى .

(٢) FOURNIER: Dation en paiement, Encyclopédie Dalloz Civil, III, No 6.

ما لا يمكن تحققه فى عقد التأجير التمويلى حيث تكون الشركة الممولة أو الدائن مالكة للأصل وقت وفاء المستفيد أو المدين بالقسط الأخير من الدين أى فى نهاية مدة العقد .

٥٦٦ - ونشير أخيرا إلى ما قد تصادفه نظرية القرض من صعوبات فى التطبيق . وتجدر الإشارة بادئا ذى بدء إلى أن إنتفاء ظاهرة إنتقال ملكية المبلغ النقدى وتسليمه إلى المستفيد لا يمثل عائقا فى سبيل تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد قرض . ذلك أن قبض المبلغ النقدى قد يتحقق بصورة رمزية أو محورة [١] ، وهو ما يفسرة GIOVANOLI بتوكيل المستفيد شركة التأجير التمويلى فى دفع مبلغ القرض إلى البائع . ويمكن قياس حكم مقاول إنشاء المبانى على حكم البائع لإتحاد دورهما فى مجال التأجير التمويلى . أما فى التأجير التمويلى اللاحق فيكون تسليم المبلغ النقدى إلى المستفيد حقيقيا .

إلا أن طبيعة عقد القرض بين الرضائية والعينية ، وأثر ذلك على إعتباره من العقود الملزمة للجانبين أو العقود الملزمة لجانب واحد ، محل خلاف فى الفقه الفرنسى : فالبعض يذهب إلى أنه عقد عينى لا ينعقد إلا بتسليم مبلغ القرض إلى المقترض . ويترتب على ذلك أن القرض عقد ملزم لجانب واحد إذ لا يرتب سوى التزام على المقترض برد مبلغ القرض [٢] . بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه عقد رضائى ينعقد بتبادل إيجاب وقبول متطابقين ، وما تسليم مبلغ القرض إلا أثر من آثاره . وبالتالى يعد القرض عقدا ملزما للجانبين إذا يفرض على المقرض التزاما بنقل ملكية المال المقرض وتسليمه إلى المقترض بينما يلتزم هذا الأخير برد مثل المال المقترض [٣] .

---

(١) BETANT - ROBET: Prêt, op. cit., No 223.

(٢) RIPERT et BOULANGER, op. cit., Tome 2, No 1137. MALAURIE et AYNES, op. cit., p. 374 No 880.

(٣) MAZEAUD et CHABAS, op. cit., Tome 2, 2° volume, p. 70 No 82. BETANT - ROBET, op. cit., No 2.

ويشير البعض إلى أن المقترض لا يكون ملتزما برد مبلغ القرض مالم يكن قد تسلمه من المقرض ، فيكون التزامه بالرد معلقا على شرط واقف هو تسليم المقرض لمبلغ القرض [1] . ولكن إذا كان من الجائز تعليق الوفاء بالتزام عقدى على الوفاء بالإلتزام المقابل له فلا يصح تعليق نشأة الإلتزام على الوفاء بالإلتزام المقابل له . لذلك يذهب فريق آخر من الشراح إلى أن عقد القرض عقد ملزم لجانب واحد غير تام ، إذ لا يترتب إبتداء سوى التزام على عاتق المقرض بتسليم القرض ثم ينشأ فى أعقاب ذلك التزام على عاتق المقترض برد مبلغ القرض [2] . إلا أنه من المقرر أنه فى العقد الملزم لجانب واحد غير التام يجب أن يكون الإلتزام الناشىء بعد قيام العقد ناشئا بسبب غير العقد [3] ، وهو ما لا يتحقق فى عقد القرض إذ ينشأ التزام المقترض برد مبلغ القرض عن العقد ذاته وليس عن واقعة خارجية عنه .

وينتج عن ذلك أنه بفرض التسليم بعينية عقد القرض لا يمكن تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد قرض ، لأن فى تاريخ إبرامه لا يتم الوفاء بالمبلغ إلى البائع أو مقاول إنشاء المبانى . كذلك فى فرض إبرام عقد التأجير التمويلى اللاحق إذ لا يقبض المستفيد عادة ثمن الأصل عند إبرام العقد وإنما يتراخى تنفيذه بعض الوقت ، ويكون ذلك غالبا حتى إتمام إجراءات شهر العقد . وبالتالى يجب تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه وعد بالقرض ، يمكن الإتفاق فيه على عدم تنفيذه قبل تقديم الضمانات التى يطلبها المقرض [4] . وقد يفسر ذلك تعليق شركة التأجير التمويلى وفائها بالثمن على تمام إستلام المستفيد للأصل ، إذ بذلك التسلم يستقر حق ملكيتها له ولا تهدده أية منازعات يمكن أن تنشأ بين البائع والمستفيد . ويفسر أيضا التزام المستفيد بدفع مقدمات الأجرة إذ تكون الشركة قد أوفت للمقاول بجانب

---

(١) BETANT - ROBET, op. cit., No 2.

(٢) AUBRY et RAU: Droit civil français, Tome 6, op. cit., No 394 - 2°

(٣) BOYER: Contrats et conventions, op. cit., No 50.

(٤) BETANT - ROBET, op. cit., No 226.

التكلفة المقابل لمرحلة البناء التى تم إنجازها وتكون قد تملكت ما تم بناؤه من العقار . لكنه يعجز عن تفسير وفاء المستفيد بأول قسط من أقساط الأجرة قبل قيام شركة التأجير التمويلى بدفع الثمن إلى البائع . ولقدِ رأينا من قبل أن الشركة الممولة تهدف من ذلك رد الفوارق بين تكلفة التأجير التمويلى وتكلفة التمويل التقليدى إلى حدود معقولة . ففى مثل هذه الحالة ينشأ التزام المستفيد برد القرض من قبل إبرام عقد القرض بسبب عدم تسليم مبلغ القرض إلى البائع . أما إذا قيل بأن القرض عقد رضائى فإن الإتفاق على كيفية الوفاء بالإلتزامات المتقابلـة متروك لإرادة المتعاقدين ، ولا يكون لوفـاء المستفيد بأول قسـط من الأجـرة قبل دفع الثمن إلى البائع أثره على صحـة العقـد .

٥٦٧ - خلاصـة القـول إذن أن نظرية القـرض مع نقل الملكيـة على سبـيل الضمان يعتريها بعض أوجه القصور من زاوية الفن القانونى . ولئن كان لها الفضل الأول فى إبراز الأركان الرئيسى لعقد التأجير التمويلى من تمويل وملكية على سبيل الضمان وإنتفاع إلا أنها عجزت عن تحديد طبيعة الروابط الناشئة بين طرفى العقد . وربما يرجع الأمر إلى ذلك الإصرار على إفراغ كافة علاقات التمويل فى قالب القرض دون التمييز بينها على ضوء الخصائص التى قد تميزها فيما بينها . بل ان التأجير التمويلى كظاهرة تعاقدية حديثة يشهد فى مختلف فروضه صورتين متميزتين للتمويل: وساطة مالية فيما يتعلق بالتأجير التمويلى فى صورته التقليدية ، وتمويل مباشر فيما يتعلق بالتأجير التمويلى اللاحق .

ويمكن القول بأن التمويل ركن جوهرى فى عقد التأجير التمويلى، دون أن يكون لإختلاف صوره أثره على تحديد طبيعته القانونية . ويضاف إليه ركنان آخران هما الملكية الضمانية والإنتفاع بالأصل . ويبقى التساؤل قائما حول تحديد التفاعل بين هذه الأركان الثلاثة توصلا إلى الطبيعة القانونية للعقد .

المطلب الرابع

نظريـة البيـع بالتقسيط

مع الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

٥٦٨ - نعلم أن التأجير التمويلى ظهر فى فرنسا فى وقت لم يكن فيه القضاء الفرنسى يقر للبائع الذى إحتفظ بملكية المبيع على سبيل الضمان بإسترداده من تفليسة المشترى . ولئن تقرر له هذا الحق بموجب القانون رقم ٨٠ - ٣٣٥ بتاريخ ١٢ مايو ١٩٨٠ ظلت الوسيلة النموذجية لتفادى موقف القضاء المتشدد قبل صدور القانون فى إفراغ العلاقة القانونية فى قالب إيجار يقترن به وعد منفرد بالبيع [١] .

ولقد ترتب على ذلك أن جانبا من الفقه الفرنسى لم يعد يرى فى الإيجار المقترن بوعد منفرد بالبيع تعبيرا صادقا عن نية طرفى العقد ، بل أصبح قالبا يقصد به إخفاء عقد البيع الذى يحتفظ فيه البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان [٢] .

ولم يسلم عقد التأجير التمويلى من التحليل المتقدم ، وذهب البعض إلى أنه على ضوء ما تتجه إليه نية طرفيه يكون العقد بيعا إحتفظت فيه شركة التأجير التمويلى بملكية الأصل على سبيل الضمان . وتعددت الحجج التى قيلت للبرهنة على ذلك ، وإنتظم الفقه الغالب وعلى رأسه أنصار نظرية الإيجار المالى للتصدى لنظرية البيع بالتقسيط ، مما يحتم علينا ، إسوة بما إتبعناه فى شأن عرض النظريات السابقة ، بحث أسس نظرية البيع بالتقسيط فى فرع أول وتقديرها فى فرع ثان .

---

(١) DERRIDA: La clause de réserve de propriété..., op. cit., No 2 et s.
BEAUBRUN: note sous Cassation commerciale, 8 mai 1979, Dalloz 1981, jurisprudence 212, No 5 et s.

(٢) PLANIOL, op. cit., Tome 10, No 219. RIPERT et BOULANGER, op. cit., Tome 2, No 2435 et 2435 et 2436.

الفـرع الأول

أسس نظرية البيـع بالتقسيط

مع الإحتفاظ بالملكيـة على سبيل الضمـان

٥٦٩ - ينطلق أنصار النظرية من إتجاه البناء الإرادى لعقد التأجير التمويلى نحو توفير ضمان فعال لشركة التأجير التمويلى . ويتمثل الضمان المذكور فى حق ملكية الأصل ، الذى لم يكن فى الإمكان ضمان جواز الإحتجاج به فى مواجهـة الكافـة إلا من خلال إفراغ العلاقة العقدية فى قالب الإيجار المقترن بوعد منفرد بالبيع .

والتأجير التمويلى من الوجهة الإقتصادية عملية شبيهة بالبيع بالتقسيط ، على إعتبار أن المستفيد يلتزم بدفع أقساط نقدية خلال مدة محددة ويتقرر له تملك الأصل فى نهاية هذه المدة مما يدل على أن نقل ملكية الأصل إلى المستفيد كان فى منظور طرفى العقد إبتداء ولم تحتفظ الشركة بالملكية إلا على سبيل الضمان [(١)] . وبعبارة أخرى يخفى عقد التأجير التمويلى بيعا للأصل بالتقسيط حتى تأمن شركة التأجير التمويلى مخاطر شهر إفلاس المستفيد [(٢)] .

وحيث أن أقساط أجرة التأجير التمويلى يمتد إستحقاقها فى الزمان وأن الشركة تحتفظ بالملكية على سبيل الضمان يكون العقد عقد بيع بالتقسيط مع إحتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان . ويمكن تعريف البيع بالتقسيط بأنه بيع فيه يتعهد البائع بتسليم المبيع إلى المشترى بمجرد إبرام العقد بينما يتعهد المشترى بدفع الثمن فى صورة دفعات متعاقبة أى أقساط [(٣)] . أما شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

---

(١) CAPORALE, op. cit., p. 56.

(٢) DERRUPPE: Droit commercial, op. cit., p. 272.

ويشير الفقيه إلى ما لفكرته من طابع نظرى محض حيث يتعارض تحليل عقد التأجير التمويلى بأنه بيع بالتقسيط مع التنظيم التشريعى للعقد فى القانون الفرنسى .

(٣) JULLIOT DE LA MORANDIERE, op. cit., p. 15 No 25.

فهو شرط بمقتضاه يمتنع البائع عن نقل ملكية المبيع إلى المشترى ويحتفظ بها إلى أن يستوفى كامل الثمن منه [١] .

٥٧٠ – وإستدل على طبيعة البيع بكيفية تحديد أجرة التأجير التمويلى وطبيعة الدفعات النقدية التى يلتزم المستفيد بدفعها [٢] . ففى أول نزاع طرح أمام القضاء الفرنسى حول التأجير التمويلى آثار سنديك تفليسة المستفيد الشك حول طبيعة العقد نظرا لإرتفاع قيمة أقساط الأجرة مما يجعلها تتجاوز القيمة الإيجارية للأصل وتقترب من ثمن تملكه على ضوء قيمته السوقية . وإستند السنديك إلى ذلك للإدعاء بوجوب تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه بيع بالتقسيط إحتفظت فيه الشركة الممولة بالملكية على سبيل الضمان ، وكان ذلك لتفادى إسترداد الأصل من تفليسة المستفيد . إلا أن المحكمة رفضت إجابة السنديك إلى طلبه وذهبت إلى أن العقد فى جوهره عقد إيجار إقترن به وعد منفرد بالبيع ، ولا يقوم غلو قيمة أقساط الأجرة دليلا على طبيعة العقد إذ يجب أخذ فى الإعتبار مختلف المزايا الإقتصادية والضريبية التى تتقرر للمستفيد بموجب العقد [٣] .

ومن جانب آخر إستند رأى إلى كيفية تحديد أقساط أجرة التأجير التمويلى فى تحديد طبيعة الدفعات النقدية التى يلتزم المستفيد بدفعها . ويذهب إلى أنه ليس ثمة ما يمنع التصرف فى العقار مقابل ثمن يقل عما كان يجب على المستفيد الوفاء به على ضوء قيمته السوقية ، ولا يكون ذلك إلا بالنظر إلى القيمة المحاسبية للعقار كما تسجلها حسابات شركة التأجير التمويلى . ولكن فى هذه الحالة لا تقابل أقساط الأجرة الإنتفاع بالعقار ، بل أن شقا منها يعد وفاء بقيمته مما يجعل العقد فى حقيقة الأمر بيعا بالتقسيط وليس إيجارا [٤] .

---

(١) GHESTIN: Réflexions d' un civiliste..., op. cit., No 1.

(٢) DESSENS, note précitée au Dalloz 1971, Jurisprudence 465.

(٣) Tribunal de commerce de La Rochelle, 26 juin 1964, note précitée de LELOUP.

(٤) PRISSE, op. cit., p. 272.

٥٧١ - ومن الحجج الوجيهة التى سيقت فى سبيل الدلالة على طبيعة عقد التأجير التمويلى بأنه بيع بالتقسيط ما ذهب إليه رأى من وجوب قياس إستعمال الشى الذى يؤدى إلى إنقضاء عمره الإقتصادى على الإنتقاص من جوهر الشيء . ومتى كان العقد يخول الغير إستعمال الشيء على نحو يقضى على كل إستعمال نفعى له بعد إنقضاء العقد وجب إعتباره من قبيل أعمال التصرف فى الشيء لا من قبيل أعمال الإدارة . ولا يحول دون ذلك أن يمتد عمر الشيء الفنى ويتجاوز عمره الإقتصادى دون إعتبار العقد من قبيل التصرف فى الشيء ، وإن أدى إمتداد عمره الفنى إلى تمتعه بقيمة سوقية تسمح ببيعه عقب إسترداده ممن تقرر له الإنتفاع به .

وتطبيقا لذلك على عقد التأجير التمويلى يمتد العقد إلى عمر المنقول الإقتصادى ، فيكون واردا فى حقيقة الأمر على أصل الشيء فى صورة تمكين المستفيد من الإنتفاع به . ويترتب على ذلك أن العقد يعد تصرفا فى الشيء ، وذلك بغض النظر عما إذا كان يتضمن خيارا بالتملك أو لم يكن مقررا للمستفيد تملك الأصل فى نهاية مدة العقد ، وكذلك بغض النظر عما إذا أعمل المستفيد خياره بالتملك أو رد الأصل إلى شركة التأجير التمويلى . ففى كل الأحوال يعد العقد بيعا لأن طرفيه كان يرميان إلى ترتيب ذات الآثار الإقتصادية التى تترتب على عقد البيع بالتقسيط [١] .

٥٧٢ - وأخيرا يشير البعض إلى التشابه البين بين التأجير التمويلى اللاحق وبيع الوفاء . ويتضمن بيع الوفاء إتفاقا على منح البائع حقا بالإسترداد بمقتضاه يستطيع البائع إسترداد المبيع مقابل رد الثمن إلى المشترى بالإضافة إلى رد المصروفات التى تكبدها المشترى بمناسبة عقد البيع [٢] . ففى التأجير التمويلى اللاحق يستوفى المستفيد ثمن بيع الأصل من شركة التأجير التمويلى ويتخلى بصفة مؤقتة عن ملكية

(١) STAUDER, op. cit., p. 32.

(٢) المادة ١٦٥٩ من التقنين المدنى الفرنسى . وتجدر الاشارة إلى أنها تحيل إلى المادة ١٦٧٣ من التقنين فى شأن تحديد المصروفات التى يلتزم البائع بردها إلى المشترى .

الأصل [1] . وإن طالب المستفيد بإسترداد الأصل فى نهاية مدة العقد يكون قد أوفى للشركة ثمن الشراء بالإضافة إلى المصروفات التى تكبدتها ، أسوة بإعمال خيار الإسترداد فى بيع الوفاء [2] .

ويضاف إلى ذلك أن الآثار الضريبية المترتبة على كل من التأجير التمويلى اللاحق وبيع الوفاء واحدة ، خاصة إذا أخذنا فى الإعتبار أن ميزة خصم مخصصات إهلاك المبيع تتقرر للمشترى فى بيع الوفاء [3] .

الفرع الثانى

تقدير نظرية البيع بالتقسيط

مع الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

٥٧٣ - يقوم تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه بيع بالتقسيط على إتجاه نية طرفى العقد إلى نقل ملكية الأصل إلى المستفيد ليس إبتداء وفور إبرام العقد وإنما عند فراغ المستفيد من دفع أقساط الثمن . وبعبارة أخرى تتوافر نية نقل الملكية عند إبرام العقد وإنما يتأخر تحققه إلى سداد كامل أقساط الثمن .

ولقد إستند الفقه إلى أن مآل حق الملكية إلى الإنتقال إلى المستفيد فى سبيل إستبعاد تطبيق بعض القواعد الآمرة فى القانون الفرنسى على العقد ، مثل حكم المادة ١٨٠٤ - أ من التقنين الضريبى العام وأحكام لائحة ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ . كذلك إستند إليها البعض لتفسير إنتقال حراسة الأصل إلى المستفيد بالرغم من إحتفاظ شركة

---

(١) PARLEANI, op. cit., p. 735 No 76. GIOVANOLI, op. cit., p. 261 No 323.

(٢) MALAURIE: Vente (Eléments constitutifs), Encyclopédie Dalloz Civil, VII, No 856 et s.

(٣) OHL, op. cit., p. 9.

التأجير التمويلى بملكيته [١] .

ومع ذلك قيل بإنتفاء إتجاه نية طرفى عقد التأجير التمويلى إلى نقل ملكية الأصل إلى المستفيد إبتداء ، وإنما تقتصر أحكام العقد على تمكين المستفيد من تملك الأصل فى نهاية مدة العقد إذا أبدى رغبته فى ذلك . وما يؤكد صحة التحليل المتقدم أنه فى حالة رفض المستفيد تملك الأصل وإختياره رده إلى شركة التأجير التمويلى أو مد الإنتفاع به ، يستحيل معه القول بإتجاه نية الطرفين إلى نقل الملكية إلى المستفيد [٢] .

إلا أن أنصار نظرية البيع بالتقسيط يردون على ذلك بأن إخفاء شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان تحت ستار الإيجار المقترن بالوعد المنفرد بالبيع ، خشية عدم جواز الإحتجاج به فى حالة شهر إفلاس المستفيد ، لا يحول دون توافر نية نقل الملكية إبتداء أى عند إبرام عقد التأجير التمويلى [٣] . ونرى أن شركات التأجير التمويلى تجتهد أمرها فى جعل الخيار الأوحد المقبول للمستفيد فى تملك الأصل فى نهاية مدة العقد ، ومع ذلك لا يلزم بالضرورة أن ينقضى العقد بالتملك خاصة إذا ما صادف الأصل معدل إضمحلال إقتصادى حاد يفرض عزوف المستفيد عن إكتساب ملكيته .

٥٧٤ - ويمثل إذن وجه النقد الرئيسى لنظرية البيع بالتقسيط فى وجوب إعلان المستفيد رغبته فى تملك الأصل ، أى أن إنتقال الملكية إليه يحتاج إلى إعلان إرادى من جانبه ولا ينسب نقل الملكية إلى إرداة المتعاقدين وقت إبرام العقد . وهو ما يتعارض مع موجبات شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان . فبغض النظر عن

---

(١) LARROUMET: Responsabilité du fait des choses inanimées, op. cit., No 373.

(٢) CROIZAT, op. cit., p. 131. PROMPT et REBOUL, op. cit., p. 397. CABRILLAC, op. cit., No 22.

(٣) CAPORALE, op. cit., p. 66.

الخلاف الدائر حول طبيعة هذا الشرط من الوجهة القانونية [1] ، وبغض النظر عما إذا قيل بأن نقل الملكية معلق على شرط واقف أو معلق على شرط فاسخ أو مضاف إلى أجل واقف ، ففى كل الأحوال يستند نقل الملكية إلى الإرادة الأصلية التى أنشأت العقد . أما إذا كان إنتقال الملكية متوقفا على إعلان إرادى لاحق على إبرام العقد ، فإنه لا يستند إلى تلك الإرادة الأصلية ولا يمكن بالتالى تكييف العقد بأنه بيع بالتقسيط إحتفظ فيه البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان .

وبعبارة أخرى تنتقل الملكية إلى المشترى فى عقد البيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية بقوة القانون متى قام المتشرى بدفع جميع أقساط الثمن ، ويتحقق ذلك الأثر التلقائى إستنادا إلى إرادة المتعاقدين الأصلية . وقد يبدو ذلك متحققا فى حالة إنتقال ملكية المبانى المقامة على أرض مملوكة للمستفيد ، أو فى حالة إنتقال ملكية العقار على اثر إنقضاء الشركة المدنية العقارية . ومع ذلك يلاحظ أن إنتقال الملكية فى هذين الفرضين وإن كان غير متوقف على إعلان إرادى للمستفيد إلا أنه لا يستند إلى إرادة المتعاقدين الأصلية ، وإنما يتقرر إنتقال الملكية بقوة القانون تطبيقا لأحكام الإلتصاق العقارى فى الفرض الأول وتطبيقا لأحكام تصفية الشركات فى الفرض الثانى . ويترتب على ذلك أن الإرادة الأصلية لا تفضى إلى نقل الملكية إلى المستفيد لا إبتداء أى فور إبرام العقد ولا إنتهاء أى عند نهاية مدة العقد .

٥٧٥ - ويضاف إلى ذلك أن ورود شرط الإحتفاظ بالملكية فى عقد البيع يفترض أن المبيع عند إبرام العقد مملوك للبائع ، بل هو من موجبات عقد البيع بإعتباره عقدا ناقلا للملكية . ويلاحظ أنه لا يشترط بالضرورة أن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع وإن كان يترتب على ذلك تطبيق الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير [2]

---

(١) GHESTIN: Réflexions d' un civiliste..., op. cit., No 5. DERRIDA: La clause de réserve de propriété..., op. cit., No 13.

(٢) وتجدر الاشارة الى أنه بفرض تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد بيع فيكون بيعاً لملك الغير إذ لا تكون الشركة الممولة مالكة للأصل وقت ابرام العقد . بل انه فى حالة بناء العقار يكون البيع بيعاً لعقار يراد بناؤه وهو ما ينظمه التقنين المدنى الفرنسى بنصوص خاصة .

الا أن البائع وبغض النظر عن إكتسابه ملكية المبيع قبل إبرام العقد أو بعده فإنه فى مواجهة المشترى يحتفظ بالملكية على سبيل الضمان . أما شركة التأجير التمويلى فإنها لا تتدخل إلا بمناسبة تمويل إستثمار محدد للمستفيد ، وهى بمناسبة إبرام العقد تكتسب ملكية الأصل وتحتفظ بها طوال مدة العقد . فلا نكون بصدد حق ملكية يحتفظ به المتعاقد وإنما بصدد حق ملكية تكتسبه الشركة على سبيل الضمان .

وفى كلا الفرضين يؤدى حق الملكية المهمة ذاتها كضمان ضد مخاطر اعسار المشترى أو المستفيد ، لكن لإختلاف الوضع بين الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان أو إكتسابها على سبيل الضمان أثره فى تحديد ما إذا كانت نية طرفى العقد إتجهت إلى نقل الملكية إلى المستفيد فى نهاية مدة عقد التأجير التمويلى : ويبدو الأمر أكثر جلاء فى فرض التأجير التمويلى اللاحق عنه فى الفروض التقليدية للتأجير التمويلى ، حيث تكتسب الشركة الممولة ملكية الأصل من المستفيد ذاته وليس من شخص أجنبى عن العقد . وعند أنصار نظرية القرض يقوم المستفيد بنقل الملكية إلى الشركة على سبيل الضمان ، وما تدخل البائع أو مقاول إنشاء المبانى إلا أمر عرضى مع ضرورته لوضع التأجير التمويلى موضع التنفيذ . ولكننا فى كل الأحوال بصدد إكتساب للملكية على سبيل الضمان وليس إحتفاظا بها لهذا الغرض .

وفى التأجير التمويلى اللاحق لا يستقيم القول بإتجاه إرادة الطرفين إبتداء إلى نقل ملكية الأصل إلى المستفيد ، فى الوقت ذاته الذى تكتسب فيه الشركة الممولة تلك الملكية من المستفيد . ويكشف ذلك عن تعارض فكرة إكتساب الملكية على سبيل الضمان مع إتجاه الإرادة إلى نقل هذه الملكية إلى المستفيد . وما يصدق على التأجير التمويلى اللاحق يصدق أيضا على التأجير التمويلى فى صورته التقليدية ، إذ متى تحقق إكتساب الملكية على سبيل الضمان إنتفى إتجاه الإرادة الأصلية إلى نقلها إلى المستفيد .

ولا يبقى بعد ذلك سوى إمكانية التخلى عن الملكية بعد أداء دورها كضمان وإستنفاده . وهو أمر يمكن أن يرتكن إلى الإرادة الأصلية أو إعلان إرادى لاحق أو

بالتطبيق لبعض أحكام القانون . إلا أنه يتوقف على مدى الإتفاق على ترتيب هذا الأثر وكيفيته دون إفتراض لما قد تكون نية الطرفين قد إتجهت إليه فى هذا الصدد . وأيا كان شأن هذا الإتفاق فلا يقوم دليلا على إتجاه الإرادة الأصلية إلى نقل الملكية إبتداء أى وقت إبرام العقد ، ونخلص منه إلى فساد نظرية البيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان .

٥٧٦ – إن جوهر الإختلاف بين التأجير التمويلى الذى تحترف المنشآت مزاولته والبيع بالتقسيط بفرض أن البائع تاجر يحترف البيع يكمن فى إختلاف طبيعة النشاط الذى يعبر عنه كلا العقدين . فمن موجبات نشاط البائع تملك السلع التى يتولى بيعها ، حيث يحترف أعمال الشراء لأجل البيع . أما شركة التأجير التمويلى فيقتصر دورها على تمويل إستثمار عميلها ولا يعد إكتساب الملكية من موجبات نشاطها ، إذ يمكن منح الإئتمان دون حتمية تملك الأصل محل إستثمار المستفيد .

وينتج عن نمط الخدمة التى تقدمها شركات التأجير التمويلى إرتفاع تكلفة التمويل بالنسبة إلى المستفيد . ومع ذلك لا يقوم غلو أقساط التأجير التمويلى دليلا قاطعا على طبيعة العقد بأنه بيع ، خاصة إذا إقترح هذا التكييف كبديل عن الطبيعة الإيجارية للعقد . ولا يعنى ذلك أننا نقر ما ذهبت إليه محكمة لاروشيل التجارية فى حكمها الصادر فى ٢٦ يونيو ١٩٦٤ من وجوب أخذ المزايا الإقتصادية والضريبية التى تتقرر للمستفيد من خلال عقد التأجير التمويلى فى الإعتبار [١] ، ولكننا نشير إلى ما يتمتع به العاقدان من حرية فى تحديد المقابل النقدى للسلع والخدمات التى يتبادلانها. ويمكن من جانب المغالاة أو البخس فى تقدير القيمة الإيجارية للعين المؤجرة ، كما يمكن من جانب آخر المغالاة أو البخس من القيمة السوقية للمبيع ، وإن كان فى هذه الحالة الأخيرة يكون هناك مجال لتطبيق الأحكام الخاصة بالغبن أو الثمن البخس بفرض توافر شروط تطبيق تلك الأحكام .

---

(١) حول عرض تفصيلى لتلك المزايا المشار إليها وابراز طابعها الدعائى الزائف لشركات التأجير التمويلى راجع رسالتنا للدكتوراه ، سابق الاشارة إليها ، ص ١٧٤ وما بعدها .

إلا أن كيفية تقدير أجرة التأجير التمويلى قد تقوم دليلا على طبيعة الدفعات النقدية التى يلتزم المستفيد بدفعها . ففى عقد الإيجار لا يتم تحديد الأجرة بصورة مجردة وجزافية وإنما يتقيد الطرفان بالقيمة الإيجارية للعين المؤجرة التى تتأثر فى تحديدها بقوى العرض والطلب فى السوق الإيجارية للسلعة [(١)] . ومتى تبين أن أجرة التأجير التمويلى لا تتحدد على ضوء قيمة الأصل الإيجارية ثار الشك حول طبيعتها كأجرة تقابل الإنتفاع بالأصل . كذلك إذا قيل بأن عقد التأجير التمويلى عقد بيع بالتقسيط فمن المفترض أن تتحدد أجرة التأجير التمويلى على أساس القيمة السوقية للأصل .

ويلاحظ أنه فى البيع بالتقسيط يقدم البائع إلى المشترى خدمتين : الأولى تتمثل فى وضع السلعة تحت تصرفه أى نقل ملكية المبيع ، ويقابل الثمن تقديم هذه الخدمة . ويترتب على ذلك أن ثمن البيع يغطى كلا من نفقات البائع وهامش ربحه . أما الخدمة الثانية فتتمثل فى منح الإئتمان إلى المشترى فى دفع الثمن ، ويستحق عنها البائع فائدة تغطى نفقات البائع التى تنشأ عن منح الإئتمان وتسمح له بالحصول على دخل يضاف إلى هامش الربح المتضمن فى الثمن . أما فى التأجير التمويلى يمثل ثمن شراء الأصل أو تكلفة بناء العقار محلا للتمويل الذى تقدمه شركة التأجير التمويلى إلى المستفيد ، وبالتالى لا يكون إسترداد الثمن من المستفيد مصدرا للدخل بالنسبة إلى الشركة . وفى واقع الأمر تنحصر مهمة الشركة فى تقديم هذه الخدمة الوحيدة أى التمويل ، ولكنها لا يلزم تدخلها حتما لكى يقتنى المستفيد الأصل : فإما أن يكون مملوكا للبائع وإما أن يكون مملوكا للمستفيد ذاته . ويترتب على ذلك أن يكون ثمن شراء الأصل بمثابة رأس المال الذى توظفه شركة التأجير التمويلى فى التمويل ، ويجب من خلال أقساط أجرة التأجير التمويلى إهلاكه بالإضافة إلى تغطية نفقات الشركة وحصولها على الربح المنشود . ولا نجد فى أجرة التأجير التمويلى ما

---

(١) PERRON: Code complet et annoté des baux commerciaux et d' habitation, op. cit., p. 121, 122.

نشهده فى الدفعات النقدية التى يدفعها المشترى بالتقسيط من تمييز بين الثمن ، الذى يحتوى على هامش ربح البائع ، والفائدة كمقابل منح الإئتمان إلى المشترى .

ونخلص من ذلك إلى أنه على ضوء الإعتداد بطبيعة الدفعات النقدية التى يدفعها المستفيد لا يجوز تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه بيع بالتقسيط .

٥٧٧ - وبحق لنا التساؤل عن مدى جواز إعتبار العقد من قبيل أعمال التصرف لمجرد أن تمكين الغير من الإنتفاع بالشىء ، وهو ما يرد عليه العقد ، يفضى إلى زوال الإستعمال النفعى للشىء . ولئن كان من الوجهة الإقتصادية يمكن قياس نهاية الإستعمال النفعى للشىء على هلاكه الحكمى على إعتبار أن فى كلا الفرضين لن يكون فى إمكان المتصرف إستعمال الشىء فى إطار ثمة نشاط إقتصادى . إلا أن القول المتقدم يجعل من جميع عقود الإنتفاع الواردة على أشياء قابلة للهلاك بفعل الزمن من قبيل اعمال التصرف وليس من قبيل أعمال الإدارة ، وهو ما لا يمكن الموافقة عليه : فإذا أخذنا عقد الإيجار كنموذج لعقود الإنتفاع بالأشياء نجد المستأجر ملتزما برد العين المؤجرة فى نهاية مدة الإيجار بالحالة التى تسلمها عليها ، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لا يد له فيه . ولا شك أن المستأجر لا يكون مسئولا عما أصاب العين المؤجرة من هلاك أو تلف بفعل مرور الزمن ، وقد إستعمله إستعمالا عاديا فى الوجه المخصصة له العين وإحترام جميع التزاماته الناشئة عن العقد والتى تهدف إلى المحافظة على العين . وبالتالى إذا إنقضى العمر الإقتصادى للعين المؤجرة خلال مدة الإيجار لا يؤثر ذلك على طبيعة العقد وروده على الإنتفاع ، وإعتباره بالتالى من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف .

ويضاف إلى ذلك أن النظام القانونى لا يعرف التمييز بين الأشياء التى يؤدى الإنتفاع بها إلى الإنتقاص من أصلها وتلك التى لا يؤدى الإنتفاع بها إلى الإنتقاص من أصلها إلا بصدد التمييز بين المنتجات والثمار ومدى إستحقاق المنتفع بالشىء لأى منها . وإذا كانت المنتجات هى كل ما يخرجه الشىء من ثمرات غير متجددة وتمس

أصله وتنتقص منه [١] ، فإن الإنتقاص من أصل الشيء ينشأ عما يتم إخراجه منه من منتجات وليس عن مجرد إستعماله على نحو يفضى إلى إنقضاء عمره الإقتصادى . ولا يصح بالتالى القول بأن الإنتفاع بالشيء هو في حقيقة الأمر تصرف فيه [٢] .

ونشير أخيرا إلى أن الإستناد إلى الإنتقاص من أصل الشيء نتيجة إنقضاء عمره الإقتصادى قد يكون له قدر من الوجاهة فيما يتعلق بالتأجير التمويلى للمنقولات ، حيث يتم تحديد مدة العقد على أساس العمر الإقتصادى للمعدة الإنتاجية [٣] . أما في مجال التأجير التمويلى العقارى يتجاوز عمر العقار الإفتراضى كثيرا مدة العقد ، فهل يجوز القول بإختلاف طبيعة عقد التأجير التمويلى بحسب ما إذا كان واردا على منقول أم واردا على عقار ؟

٥٧٨ - وعن الحجة الأخيرة التى ساقها أنصار نظرية البيع ، وهى الخاصة بأوجه التقارب بين التأجير التمويلى اللاحق وبيع الوفاء ، نلاحظ أن في بيع الوفاء تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى معلقة على شرط فاسخ هو إعمال البائع حق الإسترداد المقرر له [٤] . ويترتب على ذلك أنه متى أعمل البائع حق الإسترداد تزول ملكية

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، سابق الاشارة إليه ، الجزء الثامن ، ف ٣٦٤ .

(٢) وجدير بالاشارة إلى ان النظام القانونى يميز بين الاشياء القابلة للاستهلاك ، وهى تلك التى تهلك باستعمالها مرة واحدة ، والاشياء غير القابلة للاستهلاك ، وهى تلك التى يمكن استعمالها عدة مرات دون ان تهلك ، ولو كانت هذه الاشياء تبلى بعد استعمالها مدة من الزمن ، طالت هذه المدة أو قصرت . انظر : MARTY et RAYNAUD, op. cit., Tome I, Introduction générale, 2° édition 1972, p. 479 No 298. ويرد عقد البيع على الاشياء القابلة للاستهلاك وعلى الاشياء غير القابلة للاستهلاك دون تمييز ، بينما لا يرد عقد الايجار بحسب الأصل الا على الاشياء غير القابلة للاستهلاك . وحيث يرد عقد التأجير التمويلى على اشياء غير قابلة للاستهلاك دائماً لا يكفى تحديد طبيعة الشيء على ضوء هذا التمييز بين الاشياء لترجيح طبيعة البيع على طبيعة الايجار .

(٣) يلاحظ ان صاحب الفكرة المشار إليها وهو الاستاذ STAUDER لم يتناول بالتحليل سوى التأجير التمويلى للمنقولات أو كما يطلق عليه Finance - equipment - leasing.

(٤) MALAURIE: Vente (Eléments constitutifs), op. cit., No 804.

المشترى بأثر رجعى وكأنه لم يتملك المبيع أصلا . أما فى التأجير التمويلى اللاحق فإن ملكية الأصل تنتقل إلى شركة التأجير التمويلى باتة غير معلقة على ثمة شرط ، مما يترتب عليه أن المستفيد يكتسب ملكية الأصل منذ إعماله خيار التملك المقرر له ودون أن يرتد هذا الأثر إلى تاريخ إبرام العقد [١] .

وفى بيع الوفاء لا يكون البائع مدينا بالثمن وإنما اذا إختار إسترداد المبيع وجب عليه رد الثمن بالإضافة إلى مصروفات المشترى ، فى حين أن المستفيد يكون مدينا بدفع أقساط الأجرة طوال مدة العقد ، أى من قبل إعلان إرادته فى إسترداد ملكية الأصل [٢] . ويلاحظ من جانب آخر أن بيع الوفاء أداة تعاقدية لإعادة طرفى البيع إلى الحالة التى كانا عليها قبل البيع ، ولذلك يقتصر التزام البائع على رد الثمن والمصروفات ولكنه لا يعد مصدرا للكسب بالنسبة إلى المشترى . أما التأجير التمويلى اللاحق فهو مصدر للكسب بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى إذ هو تعبير عن نشاطها الذى تهدف منه تحقيق الربح النقدى . وتحقق شركة التأجير التمويلى هذا الكسب بغض النظر عما إذا أعمل المستفيد خيار التملك المقرر له أم فضل رد الأصل إلى الشركة الممولة [٣] .

ويعد بيع الوفاء نوعا خاصا من البيوع ، فيه يتمتع البائع بحق شخصى بالإسترداد بينما ينتقل الحق العينى بما يخوله من سلطات على المبيع إلى المشترى [٤] . ومؤدى ذلك أن يكون الإنتفاع بالشىء مقررا للمشترى بوصفه مالكا له. أما إذا إستبقى البائع الإنتفاع بالشىء فإن ذلك يتحقق بموجب عقد آخر يقترن به بيع الوفاء ، سواء كان عقد إيجار أو عقد آخر من عقود الإنتفاع . وحيث أن التأجير

---

(١) PARLEANI, op. cit., p. 735 No 78. OHL, op. cit., p. 10. GIOVANOLI, op. cit., p. 262 No 324. WALTER, op. cit., p. 72. CNME: Le lease-back, op. cit., p. 10.

(٢) GIOVANOLI, op. cit., p. 262 No 324.

(٣) CNME, op. cit., p. 10. WALTER, op. cit., p. 72.

(٤) MALAURIE: Vente (Eléments constitutifs), op. cit., No 802.

التمويلى اللاحق يقضى حتما بإنتفاع المستفيد بالأصل فلا ينتج ذلك عن عقد بيع الأصل بفرض إعتباره بيع وفاء ، وإنما ينتج عن العقد الذى يقترن به . وهنا يثور التساؤل حول ما إذا كان إسترداد المستفيد لملكية الأصل يتقرر له بموجب عقد البيع ، فيصح بالتالى إعتباره بيع وفاء ، أم يتقرر له بموجب العقد الذى يقترن به . وبعبارة أخرى إما أن يكون إسترداد الملكية إعمالا لحق الإسترداد الذى يقضى به بيع الوفاء ، وإما أن يكون تطبيقا للوعد المنفرد بالبيع الذى يقترن بعقد الإنتفاع بالأصل والذى يقترن بدوره بعقد البيع .

وحيث أن عقد الإنتفاع بالمبيع يقترن دائما بعقد البيع بغض النظر عن إعتباره بيع وفاء أو بيعا تقليديا ، لا يمكن إسناد إسترداد المستفيد لملكية الأصل إلى عقد البيع ذاته . ذلك أن البائع يكون ملتزما برد الثمن والمصروفات التى تكبدها المشترى عند إعماله حق الإسترداد المقرر له فى عقد بيع الوفاء . ولا شك أن القيمة المحاسبية المتبقية للأصل التى قد يلتزم المستفيد بدفعها مقابل تملك الأصل لا تغطى بأى حال من الأحوال ثمن البيع والمصروفات . وإذا قيل مجازا بأن دفع تلك المبالغ تحقق من خلال أقساط أجرة التأجير التمويلى فإن من شأن ذلك أن يكون إنتفاع البائع بالأصل بلا عوض : فإما أن تكون أقساط الأجرة مقابل إسترداد ملكية الأصل وإما أن تكون مقابل الإنتفاع به . ومن نافلة القول إنتفاء نية التبرع بالتمكين من الإنتفاع فى إطار التأجير التمويلى اللاحق .

وأخيرا نشير إلى أن القانون الفرنسى يضع حدا أقصى للمدة التى يجوز للبائع خلالها إعمال حق الإسترداد المقرر فى بيع الوفاء . والحد الأقصى للمدة هو خمس سنوات من تاريخ إبرام العقد . ولا يجوز للطرفين الإتفاق على مدة تجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه وإلا وجب إنقاص المدة إلى خمس سنوات (١) . ويمكن القول على ضوء حكم القانون أن نية الطرفين لم تتجه إلى تخويل المستفيد حق إسترداد ملكية الأصل فى إطار عقد البيع المبرم بينهما ، خاصة إذا أخذنا فى الإعتبار أن عقود التأجير

---

(١) AUBRY et RAU, op. cit., Tome 5, No 357.

التمويلى اللاحق ترد عادة على عقارات وتتجاوز مدة العقد الخمس سنوات المنصوص عليها فى أحكام بيع الوفاء .

٥٧٩ - يمكن القول فى ختام الحديث عن نظرية البيع بالتقسيط أن جل العوائق الفنية التى تعترضها يرجع إلى إختلاف طبيعة الخدمة التى يقدمها كل من البائع وشركة التأجير التمويلى . وبالتالى حتى لو بفرض إمكانية رفع تلك العوائق لن يعدو البيع بالتقسيط سوى قالب تفرغ فيه العلاقة القانونية الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد بصورة إصطناعية لن يختلف فى جوهره عما جرى عليه العمل من إفراغ العلاقة فى قالب الإيجار المقترن بوعد منفرد بالبيع [١] . بل ان إفراغ العلاقة فى قالب الإيجار قد يبرر مواجهة العقد بالتنظيم الجوانب المتعلقة بالإنتفاع بالأصل واستعماله ، فى حين أن قالب البيع بالتقسيط وإن أحتفظ البائع بالملكية على سبيل الضمان لا يبرر ترتيب العقد لإلتزامات واسعة النطاق خاصة بإستعمال الأصل والمحافظة عليه كما يشهدها عقد التأجير التمويلى [٢] .

٥٨٠ - يصعب على ضوء الخصائص المميزة للتأجير التمويلى تكييف العلاقة الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد بوصفها عقدا من العقود المسماة التى يتولى التقنين المدنى تنظيمها . فالتأجير التمويلى عملية ثلاثية الأطراف تنفصم عنها علاقتان قانونيتان متميزتان ، تهدف الأولى إلى إكتساب شركة التمويلى ملكية الأصل ، بينما تعبر الثانية عن جوهر التأجير التمويلى بوصفه عملية ماليـة تفرض

---

(١) نذكر فى هذا المقام بما ذهب إليه البعض فى اعقاب صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ من اقتراح نظام مستحدث للتمويل هو فى حقيقته اقتراح بافراغ العلاقة الناشئة عن التأجير التمويلى فى قالب البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان . انظر :

BEY: Un nouveau mode de financement: le parenting, JCP 1981 I 3043.

(٢) فمن المقرر أنه بالرغم من عدم تقرير حق عينى للمشترى على المبيع نظراً لاحتفاظ البائع بملكيته وعدم جواز اعتباره حائزاً للمبيع من الوجهة القانونية ، الا أن تسلمه اياه بموجب عقد البيع وحيازته المادية له تكفى لتقرير حق المشترى فى استعمال المبيع دون قيد أو شرط . انظر فى ذلك :

GHESTIN: Réfexions d' un civiliste..., op. cit., No 22.

على المستفيد رد أصل التمويل الممنوح له مع دفع المبالغ الأخرى المستحقة للشركة الممولة .

ويتميز التأجير التمويلى أيضا بالربط الحتمى بين التمويل والإستثمار المراد تمويله ، وينشأ هذا الربط الحتمى عن إكتساب ملكية الأصل والإحتفاظ بها على سبيل الضمان . أما الإنتفاع بالأصل فلا شأن للشركة الممولة به ، بل ان منطق التمويل يقتضى تحقيق المستفيد للإستثمار المنشود فيكون له وحده الإنتفاع بالأصل .

وعلى ضوء ذلك تكون العلاقة الأولى الناشئة عن التأجير التمويلى ضرورية لوضع العلاقة الثانية التى تربط مباشرة بين الشركة الممولة والمستفيد موضع التنفيذ . ولقد تبين لنا ذلك من خلال الحديث عن بدء سريان عقد التأجير التمويلى . إلا أن النظريات التى قيلت فى شأن تكييف عقد التأجير التمويلى بوصفه من العقود المسماة توقفت عند العلاقة المباشرة الناشئة عنه وتناولتها بمعزل عن العلاقة الأولى اللازمة لوضع العلاقة المباشرة موضع التنفيذ . وقد يبرر المنهج المتقدم ما يجرى عليه العمل وما إستقر عليه الفقه والقضاء من تقرير الإستقلال التام بين عقد البيع أو عقد المقاولة وعقد التأجير التمويلى بمفهومه الضيق . إلا أن من شأن ذلك إخفاء عنصر جوهرى للعقد وهو إكتساب الملكية على سبيل الضمان . وقد قامت كل من نظرية شركة المحاصة ونظرية الإيجار المالى على إنكار دور الملكية الضمانية فى عقد التأجير التمويلى . أما نظرية القرض فقد أبرزت دور الملكية الضمانية إلا أنها أهدرت كل إستقلال بين عقد البيع وعقد التأجير التمويلى بالرغم من وضوح إستهداف الطرفين ، أو بالأحرى شركة التأجير التمويلى ، إنتفاء كل علاقة مباشرة بين البائع والمستفيد . وعلى عكس ذلك أقرت نظرية البيع بالتقسيط هذا الإستقلال إذ لم تر فى عقد التأجير التمويلى نقلا للملكية على سبيل الضمان بل إحتفاظا بالملكية على سبيل الضمان . إلا أنها نسبت إلى الإرادة الأصلية المنشئة للعقد نية إحداث أثر تدل كل الشواهد على تعمد تعليق حدوثه على إرادة لاحقة ، ألا وهو إنتقال ملكية الأصل إلى المستفيد فى نهاية مدة العقد .

ومن جانب آخر لا يتفق جوهر التأجير التمويلى مع جوهر العقود المسماة التى إستندت إليها النظريات المشار إليها فى تكييف العقد : فهو ليس بمشروع يهدف الطرفين الإشتراك فى تحقيقه ، وليس محض تمكين من الإنتفاع بالأصل ، كما لا يمكن إعتباره قرضا تقليديا يجعل المقرض بمنأى عن الإستثمار الذى يخصص له مبلغ القرض ، وأخيرا لا يعد التأجير التمويلى محض نقل ملكية شىء مقابل دفع الثمن ، فالمبادلة فى عقد التأجير التمويلى ليست مبادلة سلعة بنقود لكنها مبادلة إئتمان بنقود .

المبحث الثانى

تكييف عقد التأجير التمويلى

بوصفه عقداً غير مسمى

٥٨١ - يستند البعض إلى ما يتميز به التأجير التمويلى من خصائص لإبراز طبيعته القانونية الخاصة ، تلك الطبيعة الخاصة التى تستعصى على تصنيف العقد ضمن العقود المسماة التى ينظمها التقنين المدنى الفرنسى .

ومع ذلك لا يتفق هذا الفقه على تحديد خصائص التأجير التمويلى التى تجعله عقدا ذا طبيعة خاصة . فالبعض يبرز عنصر الإنتفاع بالأصل ، والبعض الآخر يشير إلى نقل الملكية إلى المستفيد ، بينما يستند البعض إلى طابع العقد المركب لإضفاء الطبيعة الخاصة عليه (١) . ويضاف إلى ذلك ما ذهب إليه رأى فريد من أن جوهر عقد التأجير التمويلى يكمن فى تمويل إستهلاك الأصل ، مما يضفى عليه طبيعة قانونية خاصة (٢) .

---

(١) رائد نظرية العقد المركب هو الفقيه الفرنسى (CHAMPAUD) . وقد اخذ فى اعتباره وجوب ابرام عقد البيع لامكان تنفيذ عقد التأجير التمويلى ، لذلك نتناول النظرية بالدراسة عند العرض لتكييف العقد فى اطار العملية الثلاثية الاطراف . ومع ذلك استند إليها البعض لاضفاء الطبيعة الخاصة على العقد .

(٢) صاغ الاستاذ MASSIN فكرته حول الطبيعة القانونية الخاصة للعقد فى مقاله :

Le leasing dénommé" crédit - bail", Revue de jurisprudence commerciale, Journal des agréés, 1972, p. 35 - 41.

=

ومن جانب آخر لاحظ البعض ما طرأ على إستغلال الأشياء من تطور فى العمل فى الفروض الذى يتقرر فيه الإستغلال لشخص آخر غير مالك الشيء وعلى ضوء السلطات التى تتقرر للمستغل على الشيء نكون بصدد ملكية إقتصادية للشيء تتميز عن ملكيته القانونية [١] . ويعد التأجير التمويلى مثالا على ارساء ملكية إقتصادية للمستفيد على الأصل .

وعلى ذلك نعرض أولا لنظرية الطبيعة الخاصة ، ثم نعرض فى أعقاب ذلك لنظرية العقد المنشيء للملكية الإقتصادية .

المطلب الأول

نظرية الطبيعة القانونية الخاصة

٥٨٢ - ذكرنا أن الفقه لا يستند إلى أسس واحدة فى إضفاء الطبيعة القانونية الخاصة Sui generis على عقد التأجير التمويلى . وبالتالى نكون فى واقع الأمر بصدد عدة نظريات فى تكييف العقد بأنه عقد ذو طبيعة خاصة . ويتمثل القاسم المشترك بينها فى إستحالة إندراج العقد تحت أى من قوالب العقود المسماة، وذلك على إعتبار أن العقد غير المسمى لا يتحدد إلا بالنسبة إلى العقود المسماة وتمييزه عنها [٢] .

إلا أنه يجب فى هذه الحالة إبراز الخصائص المميزة للعقد من أجل الدلالة على طبيعته القانونية الخاصة وإختلافه عن العقود المسماة التى ينظمها القانون [٣] . فما من

= ويعد الاستاذ المذكور أول من اعاد النظر فى الفقه الفرنسى فى الطبيعة الايجارية لعقد التأجير التمويلى . فى هذا المعنى :
GIOVANOLI, op. cit., p. 264 No 327.

(١) رائد هذه التفرقة هو GOYET . وقد بلور مفهومه للملكية الاقتصادية فى مؤلفه :
Le louage et la propriété à l' épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, LGDJ, Paris, 1983.

(٢) TERRE: L' influence de la volonté..., op. cit., p. 458 No 566.

(٣) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ١٣٨ بند ٩٣ .

شك فى أن تطور الحياة الإقتصادية والإجتماعية يفضى إلى خلق روابط قانونية متميزة ، ويمكن إعتبار الإرادات الخاصة بوصفها العنصر الخلاق للمراكز القانونية بمثابة مولد طاقة الحياة الإجتماعية ، وهى مع ذلك ترتكز على النظام القانونى القائم (١) .

ونعرض فى فرع أول لأسس نظرية الطبيعة القانونية الخاصة ، ثم نتولى فى فرع ثان تقديرها بحثا عن تلك الخصائص المميزة للعقد والتى تبرر إضفاء الطبيعة القانونية الخاصة عليه .

الفرع الأول

أسس نظرية الطبيعة القانونية الخاصة

٥٨٣ – ترتكز جميع النظريات التى قيلت فى شأن الطبيعة القانونية الخاصة على العلاقة الثنائية بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، أى عقد التأجير التمويلى بمفهومه الضيق .

وفى نظر البعض يتمثل جوهر العقد فى تمكين المستفيد من الإنتفاع بالأصل ، إلا أن المضمون الإتفاقى للعقد وإقترانه بإمكانية نقل ملكية الأصل إلى المستفيد فى نهاية مدة الإنتفاع يميزه عن عقد الإيجار وسائر عقود الإنتفاع المسماة . وبالتالى لا مناص من تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد إنتفاع ذو طبيعة خاصة (٢) .

أما البعض الآخر فيرى فى جوهر عقد التأجير التمويلى تخليا عن ملكية الأصل إلى المستفيد مقابل دفع الثمن بالتقسيط . لكن ترك الملكية أو التصرف فى الأصل

---

(١) EL GAMMAL, op. cit., p. 71 No 135.

(٢) وهذا الرأى هو ما استقر عليه الفقه السويسرى تبعاً لادعاءات شركات التأجير التمويلى السويسرية . وكان ادعاء الطبيعة الخاصة سبيلاً لتفادى تكييف العقد بأنه بيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان . انظر : GIOVANOLI. op. cit., p. 337 No 427

لا يستند إلى إتجاه نية الإرادات الخاصة إلى ترتيب هذا الأثر وإنما يستند إلى محل العقد ذاته بوصفه يرد على الإنتقاص من أصل الشيء المتصرف فيه من خلال الإنتفاع به طوال المدة التى يمكن خلالها إستعمال الشيء إستعمالا نفعيا . وحيث لا تعبر العقود المسماة عن تلك الصورة المتميزة للتصرف فى الأشياء يعد عقد التأجير التمويلى عقد تصرف ذا طبيعة خاصة [١] .

ويستند فريق آخر من الشراح إلى الطابع المركب لعقد التأجير التمويلى لإضفاء الطبيعة القانونية الخاصة عليه . فتعدد القوالب التعاقدية التى تدخل فى تكوين العقد تضفى عليه طبيعة خاصة لا تسمح بإدراجه تحت أى من العقود المسماه التى ينظمها القانون [٢] . فهو عقد ذو طبيعة خاصة يمكن تصنيفه ضمن العقود المستمرة الملزمة للجانبين [٣] . وبالتالى يعد العقد ذا طبيعة خاصة بغض النظر عن طبيعة العقود الداخلة فى تكوينه ، فالتداخل بين تلك العقود فى توليد عقد التأجير التمويلى هو الذى يملى إعتباره عقدا ذا طبيعة خاصة ، ولا يمكن الإستناد إلى أى من هذه العقود وبغض النظر عن أهميتها لإضفاء طبيعتها على العقد . ذلك أنه يجب أخذ هذا التداخل وتلك التوليفة بين هذه العقود فى الإعتبار إحتراما لإرادة طرفى عقد التأجير التمويلى [٤] .

لدى فريق آخر من الشراح يصبغ الطابع المالى للتأجير التمويلى الطبيعة القانونية الخاصة على العقد الذى تنشأ عنه العلاقة الرئيسية بين الشركة الممولة والمستفيد . ويذهب أحد أنصار هذه الفكرة بصدد تحليل التأجير التمويلى العقارى إلى أن العقد يحتوى على عناصر مميزة للإيجار وأيضا عناصر مميزة للتمويل طويل الأجل ، ومن شأن

---

(١) وهذا هو الرأى الذى استقر عليه STAUDER فى آخر مقاله ، سابق الاشارة إليه ، ص ٣٤ . ولقد سبق لنا العرض لحجته الرئيسية فى اعتبار عقد التأجير التمويلى من أعمال التصرف وليس من اعمال الإدارة بصدد الحديث عن نظرية البيع بالتقسيط .

(٢) CABRILLAC, op. cit., No 17. VINCENT et DEHAN, op. cit., p. 243. POUSSIER, op. cit., 2° partie, chapitre I, p. 22.

(٣) CABRILLAC, op. cit., No 18.

(٤) OUERDRAOGO, op. cit., p. 392.

إزدواج هذه العناصر إضفاء الطبيعة القانونية الخاصة على العقد [1] . بينما يذهب رأى آخر إلى أنه من الحتمى أن يتم تنظيم العلاقة الناشئة بين شركة التأجير التمويلى ، والتى أخذت على عاتقها تمويل إستثمار محدد لعميلها ، وبين المستفيد الذى منح إئتمان الشركة . إلا أنه ليس حتميا أن يترجم هذا التنظيم للعلاقة بالروابط الناشئة عن العقود التقليدية التى يعرفها القانون الفرنسى والتى ورثها عن القانون الرومانى . وعلى ضوء التنظيم الخاص للعلاقة الناشئة عن التأجير التمويلى يتأكد فساد تكييفها بأحد العقود المسماه ويجب الإقرار بطبيعتها القانونية الخاصة [2] .

وأخيرا إتجه البعض إلى تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد ذو طبيعة خاصة تتولى الإرادات الخاصة تحديد مضمونه الإتفاقى دون قيد إلا ما يفرضه القانون من قيود على مبدأ سلطان الإرادة [3] . ولا يشير هذا الفقه إلى الخصائص المميزة للتأجير التمويلى التى تبرر إضفاء الطبيعة القانونية الخاصة عليه ، وإنما يكتفى بإبراز الأثر المترتب على ذلك وهو حرية المتعاقدين فى تحديد المضمون الإتفاقى للعقد .

٥٨٤ - وتبقى أهم النظريات التى قيلت فى الطبيعة القانونية الخاصة لعقد التأجير لتمويلى هى نظرية MASSIN ، إذ نشهد لديه بناء متكامل لفكرته من حيث تحديد الأركان الرئيسية للعقد وتفسير الآثار المترتبة عليه .

ونقطة الإنطلاق لديه أن جوهر التأجير التمويلى يكمن فى إهلاك الأصل محل العقد ، والإهلاك وحده هو الذى يسمح بتحديد طبيعة العقد القانونية وتفسير آلياته [4] . فلديه أن المستفيد ما كان فى حاجة إلى تدخل شركة التأجير التمويلى إذا كان يهدف إلى محض الحصول على عوائد الأصل ، فما كان عليه إلا أن يشتريه أو يستأجره بموجب عقد إيجار تقليدى . ولكن بتدخل شركة التأجير التمويلى يتحول

---

(١) BOSC, op. cit., p. 5.

(٢) COILLOT: Leasing et Factoring, JCP 1969 CI 85393.

(٣) PAPE et RICHTER - HANNES, op. cit, p. 455.

(٤) MASSIN, op. cit., p. 36.

مراد المستفيد من مجردالحصول على عوائد الأصل إلى تفادى الآثار السلبية التى تنشأ عن وجوب إهلاك الأصل من الوجهة الضريبية بفرض أنه إكتسب ملكيته . ويستدل الباحث على ذلك من إمتداد العقد إلى المدة المقررة لإهلاك المعدة الإنتاجية ضريبيا ، وحيث أنه تم إهلاك المعدة على مدى العقد تكون قيمتها المحاسبية المتبقية غير ذات أهمية . ويتساءل الباحث عن مدى أهمية المعدة فى نهاية مدة العقد بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى ، وقد أصبح التصرف فيه أمرا غير مأمون . كذلك يتساءل عن أهمية المعدة بالنسبة إلى المستفيد وقد إستعملها طوال العقد حتى زالت عنها كل جدوى إقتصاديـة ، الن يفضل والحال هذه إبرام عقد جديد يرد على معدة أكثر تطورا وأكثر ملاءمة للتطور التقنى فى مجال إنتاج المعدات الإنتاجية بدلا من إختيار تملك المعدة الباليـــة ؟[١].

ويخلص MASSIN من ذلك إلى أن غاية المستفيد من إبرام عقد التأجير التمويلى فى أن يتولى شخص آخر إهلاك المعدة ضريبيا بدلا منه ولا تكمن فى إستئجار تلك المعدة[٢] . ويترتب على ذلك أن شركة التأجير التمويلى لا تؤجر المعدة فى حقيقة الأمر وإنما تقوم بتمويل إهلاكها ضريبيا[٣] . وكان لزاما على المشرع الفرنسى أن يقنن ذلك العقد ثلاثى الأطراف ذا طبيعة خاصة ، والذى لا نشهد فيه تأجيرا للمعدة إلى المستفيد بل لا نشهد فيه بيعا للمعدة إلى شركة التأجير التمويلى أصـلا[٤] .

ويلاحظ أن تحديد جوهر عقد التأجير التمويلى بأنه تمويل للإهلاك الضريبى يجعل منه عقدا غير مسمى . ذلك أن الإهلاك الضريبى للأصول الإنتاجية ظاهرة

---

(١) Op. cit., p. 36, 37.
(٢) Op. cit., p. 37.
(٣) Op. cit., p. 38.
(٤) Op. cit., p. 39.

خاصة بطريقة الإنتاج الرأسمالية [1] ، ولم يكن فى مقدور القانون الرومانى الذى ورث عنه التقنين المدنى الفرنسى العقود المسماة أن يواجه مثل هذه الظاهرة بقالب عقدى خاص .

الفرع الثانى

تقدير نظرية الطبيعة القانونية الخاصة

٥٨٥ - تتحدد الطبيعة القانونية للعقد على ضوء أركانه الرئيسية . ومتى توافرت فيه الأركان الرئيسية لأحد العقود المسماة أمكن خضوعه لأحكام هذا العقد . أما إذا لم تتوافر فى العقد الأركان الرئيسية لأى من العقود المسماة كان عقدا غير مسمى ، وتكون له طبيعة قانونية خاصة على ضوء الأركان الفريدة التى يتميز تكوينه بها .

ويمكن القول بأن أنصار الطبيعة القانونية الخاصة عولوا فى المقام الأول على ما يشهده التأجير التمويلى من توليفة بين عدة قوالب عقدية تقليدية تحقيقا للأهداف المنشودة لطرفى العلاقة [2] . ولا شك أن للإرادات الخاصة تطويع القوالب التقليدية إذا ما إقتضت حركة رأس المال المعاصر فى تطوره ذلك [3] . وإنطلاقا من ذلك يمكن عن طريق إستغلال القوالب التقليدية على نحو معين إضفاء ثوب قانونى على أحدث النظم الإقتصادية وأكثرها تطورا [4] .

---

(١) حول مفهوم الاهلاك الضريبى وارتباطه بطريقة الإنتاج الرأسمالية ، انظر :
LASSEGUE: Gestion de l' entreprise et comptabilité, Précis Dalloz, Paris, 9° édition 1983, p. 430 et s.

(٢) فى هذا المعنى : WITZ, op. cit., p. 144 No 156. GHESTIN: Réflexions d' un civiliste..., op. cit., No 36.

(٣) MIAILLE: Une introduction critique du droit, Maspero, Paris, 1976, p. 255.

(٤) EL CHIATI: Essai sur la qualification des contrats, Thése Droit, Editions Le scribe égyptien, Le Caire, 1944, p. 79 No 46.

ويرى البعض أن التأجير التمويلي مثال على إستغلال رأس المال للقوالب العقدية التقليدية [١] ، يبرره البعض الآخر بأن كل قالب على حدة يعجز عن التعبير عن العلاقة الإقتصادية الناشئة عن الصفقة مما أدى بالطرفين أن لجأ إلى عدة قوالب [٢] . ويلاحظ في هذا الصدد أن التمويل ظاهرة إقتصادية قديمة نسبيا ، والجديد هو ذلك التطور للضمانات التي يتطلبها الممولون وقد بلغ ذروته في التأجير التمويلي بالإصرار على تملك الأصل محل التمويل على سبيل الضمان .

ويترتب على ذلك أنه لا تكفي الإشارة إلى تعدد القوالب العقدية التقليدية في إطرار التأجير التمويلي ، أو القول بأنه مزيج بين التمويل والإيجار ، للدلالة على طبيعة العقد القانونية الخاصة . ويجب إبراز تلك الأركان الرئيسية الخاصة بالعقد والتي تميزه عن سائر العقود والإتفاقات الأخرى التي تشهدها الحياة الإجتماعية والقانونية .

ولا نجد فيما أثير في الفقه حول طبيعة العقد الخاصة من محاولة جادة لتحديد جوهر التأجير التمويلي سوى ما ذهب إليه الأستاذ MASSIN من أن التأجير التمويلي هو في الحقيقة تمويل للإهلاك الضريبي . ويجب التوقف قليلا عند هذه الفكرة .

٥٨٦ - أخذ البعض على مذهب الأستاذ MASSIN عدم تحديده للخصائص المميزة للعقد ذي الطبيعة الخاصة ، إذ لا يشير إلى مسألة تنظيم الروابط القانونية الناشئة بين طرفي العقد [٣] . إلا أن الباحث يكتفي وهو بصدد تحديد الطبيعة القانونية للعقد بإبراز المحور الذي يدور حوله تنظيم الروابط المشار إليها وهو تمويل الإهلاك الضريبي للأصل . ويخلص منه إلى الطبيعة القانونية الخاصة للعقد . ولا شأن له بعد ذلك بتناول هذا التنظيم بالدراسة التحليلية لأنه من المقرر أنه متى تعذر تطبيق أحكام عقد مسمى على عقد غير مسمى بطريق القياس ، كتطبيق أحكام الإيجار على عقد

---

(١) SOLAL: Crédit-bail immobilier, op. cit., p. 107.

(٢) BACHASSON, op. cit., p. 1 No 1.

(٣) GIOVANOLI, op. cit., p. 264 No 327.

إنتفاع غير مسمى مثلا ، وجب تطبيق القواعد العامة فى العقود التى يتضمنها التقنين المدنى الفرنسى [1] . وتشهد تلك القواعد إعلاء لمبدأ سلطان الإرادة الذى يعترف للإرادات الخاصة بحرية واسعة فى شأن تحديد المضمون الإتفاقى للعقد ، ولا يرد عليها من قيد سوى عدم جواز مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام [2].

وبعبارة أخرى لا يعيد الأستاذ MASSIN النظر فى المضمون الإتفاقى لعقد التأجير التمويلى ، وإنما يعيد النظر فى تكييفه القانونى فقط ، وعنده أن العقد ذو طبيعة خاصة لأن جوهره تمويل للإهلاك الضريبى للأصل .

٥٨٧ - إن للأهلاك الضريبى وما يتبعه من خصم مخصصات الإهلاك من الوعاء الضريبى أهميته البالغة بالنسبة إلى شركات التأجير التمويلى . وقد إتضح لنا ذلك عند الحديث عن النظام الضريبى للتأجير التمويلى . إلا أن الشك يثور حول إعتبار تمويل الإهلاك من خلال تدخل شركة التأجير التمويلى جوهر العقد . ويحتاج الأمر إلى شيء من التفصيل :

فقد رأينا من قبل أن شركة التأجير التمويلى هى التى تفيد من إجراء الاهلاك الضريبى للأصل وخصم مخصصاته من وعائها الضريبى . فتجنيب مخصصات الأهلاك يسمح للمشروعات باعادة تكوين رأس المال المستثمر فى تملك ادوات الإنتاج [3] ، ويوازى الهلاك الذى يعتريها بفعل استعمالها فى الزمان . ولذلك يعرف الإهلاك الضريبى بأنه القيد المحاسبى لتناقص قيمة مهمات المنشأةبفعل هلاكها مع مرور الزمن [4] . وتشجيعاً للمشروعات على أعادة تكوين رأسمالها النقدى سمح لها

---

(١) BOYER: Contrats et conventions, op. cit., p. 69.

(٢) FARJAT: L' ordre public économique, LGDJ, Paris, 1963, p. 32. No 22.

(٣) GORE et JADAUD, op. cit., 797 No 711.

(٤) قرب تعريف الخطة المحاسبية العامة الفرنسية لعام ١٩٨٢ ، المشار إليه فى مؤلف LASSEGUE، سابق الاشارة إليه ، ص ٤٤٠ .

بخصم مخصصات الإهلاك من وعائها الضريبي [1] . وحيث ان التمتع بهذه الميزة يرتبط بتملك ادوات الإنتاج يكون للمالك كأصل عام حق خصم مخصصات الإهلاك من وعائه الضريبي [2] .

ولذلك تجرى شركات التأجير التمويلي الإهلاك الضريبي للأصول التي تملكها وتسمح للمستفيد بالإنتفاع بها . ونظراً لدورها كوسيط مالي فإنها تستهلك مالياً رأسمالها النقدى الموظف فى تملك الأصل ، أى تسترده من المستفيد من خلال اقساط الأجرة التى يوفى بها بصفة دورية [3] .

ولقد رأينا من قبل ان الميزة الحقيقية التى تتمتع بها شركة التأجير التمويلي تكمن فى واقع الأمر فى ازدواج معدل الإهلاك الضريبي من جانب - والذى يكون معلنا - ومعدل الإهلاك المالى - الذى يتم بصورة ضمنية أو خفية - نظراً لتكوين احتياطيات كامنة تزيد من حجم الأموال الذاتية للشركة والتى تسمح لها بالتوسع فى منح الائتمان من خلال ابرام المزيد من عقود التأجير التمويلي [4] . ويكفى لبلوغ هذه الغاية ان يتم قيد اهلاك تنازلى محاسبياً فى حين يكون معدل اقساط الأجرة متساوياً [5] .

---

(١) المادة ٣٩ - ١١٢ من التقنين الضريبي العام الفرنسى .

(٢) COUDERT, GIBRAT, KORNPROBST et WALTER: Fiscalité de l'entreprise, Collection Administration des Entreprises, Sirey, Paris, 1985, p. 76 No 1- 155. COZIAN: Fiducie et fiscalilé, Droit fiscal, No 27, 2 juillet 1986, p. 860.

ونذكر بأنه طبقاً للقانون الصادر بتاريخ ١٢ مايو ١٩٨٠ يكون للمشترى اجراء الاهلاك الضريبي بالرغم من احتفاظ البائع بالملكية . وبذلك يكون المشرع الفرنسى قد اخذ الحقائق الاقتصادية فى الاعتبار وتجاوز الدور المحدد للملكية كوسيلة ضمان ضد مخاطر اعسار المشترى . اما فى مجال التأجير التمويلي فقد تم اخفاء دور الملكية كضمان تحت ستار تكييف العقد بأنه ايجار .

(٣) انظر فى تعريف الاهلاك المالى : LASSEGUE, op. cit., p. 437.

(٤) BRADFORD, op. cit., p. 138. SFAF: L' information relative au crédit-bail, Revue Analyse Financiére, 4° trim estre 1977, p. 41.

(٥) DANZIGER: Un problème d' évaluation: l' amortissement dans les sociétés de crédit-bail mobilier, Cahiers de recherche, No 7702, CEREG, Paris Dauphine, 1977, p. 8.

وإذا كان مآل الاهلاكين الضريبي والمالي إلى التوازى فى نهاية مدة عقد التأجير التمويلي للمنقولات ، على اعتبار ورودهما على أصل نقدى واحد ، ما من شك فى ان مخصصات الاهلاك الضريبي تجاوز تدريجياً مجموع أقساط الأجرة التى تستوفيها شركة التأجير التمويلي من المستفيد (١) . ويمكن ان يؤدى تراكم الاحتياطى الكامن إلى تضخيم الوعاء الضريبي للشركة عن السنة المالية التى ينقضى خلالها عقد التأجير التمويلي ، يجاوز كثيراً ما تحقق للشركة من ربح فعلى خلال تلك السنة (٢) . ومع ذلك تكون الشركة قد افادت من تكوين الاحتياطى الكامن والذى سمح لها بزيادة حجم اعمالها (٣) . ولذلك اشار البعض إلى الاهمية البالغة لتكوين الاحتياطى الكامن فى فترات فرض القيود على منح الائتمان وتوفير سبل التمويل للمشروعات الماليـة (٤) .

ونخلص من ذلك إلى أنه ما من شك فى تأثير ظاهرة الاهلاك الضريبي على احكام عقد التأجير التمويلي ، اذ تتحدد مدة العقد ومعدل اقساط الاجرة وثمن تملك الأصل او مد الانتفاع به على ضوء احكام الاهلاك الضريبي (٥) . ومع ذلك لا يعنى اجراء شركة التأجير التمويلي للاهلاك الضريبي تمتع المستفيد بمزايا خاصة ، وعلى وجه الخصوص إذا اخذنا فى الاعتبار ان ميزة خصم اقساط الاجرة من وعاء المستفيد الضريبي يوازى خصم الفائدة ومخصصات الإهلاك الضريبي للأصل فى فرض اقتراض المستفيد للنقود اللازمة لتملك الأصل .

فمن جانب أول كان فى مقدور المستفيد بفرض تملكه للأصل اجراء اهلاك

---

(١) BRADFORD, op. cit., p. 139.

(٢) PACE: Pratique..., op. cit., p. E 17. FERRONNIERE et DE CHILLAZ, op. cit., p. 529 No 585. DANZIGER, op. cit., p. 11.

(٣) DANZIGER, op. cit., p. 8.

(٤) BRADFORD, op. cit., p. 151.

(٥) CAPIEZ, op. cit., p. 112.

تنازلى له ، ويفيد بالتالى من مزايا ضريبية تفوق ما يتقرر له من جراء ابرام عقد التأجير التمويلى [١] .

ومن جانب آخر تشمل اقساط الاجرة رأس المال الموظف فى شراء الارض المشيدة عليها المبانى أو التى تشيد عليها المبانى . ولا يجوز اهلاك الاراضى ضريبياً لعدم تناقص قيمتها بفعل الزمن . ويترتب على ذلك أنه فى نهاية مدة عقد التأجير التمويلى يظهر فائض قيمة هام فى حسابات المستفيد يخضع للضريبة [٢] . ولا يمثل خصم جانب الاجرة المقابل لثمن الارض خلال السنوات المالية المتعاقبة ميزة مالية حتماً مقارنة بما يتعين على المستفيد اداءه من ضرائب فى السنة المالية التى يتملك فيها العقار .

٥٨٨ – ويتضح لنا من ذلك أنه لا يستقيم القول بان للمستفيد مصلحة ظاهرة فى ان تتولى عنه شركة التأجير التمويلى اهلاك الأصل . فالأمر مرده فقط مصالح الشركة الممولة فى اجراء هذا الاهلاك . وهى فى ذلك تفيد من مركزها كمالك للأصل ، مما لا ينفى ان حرصها على تملك الأصل يرجع إلى اسباب اخرى غير ضريبية . وبعبارة اخرى تمتلك شركة التأجير التمويلى الأصل كضمان ضد مخاطر اعسار المستفيد ، وتستغل من واقع مركزها كمالك ما توفرها الأحكام الضريبية لها من مزايا ومكنات . ولكنها لا تكتسب ملكية الأصل من اجل تحقيق ذلك الهدف ، فهى تتملك للتمتع باقوى الضمانات ولا مانع بعد ذلك من استغلال الأحكام الضريبيــــة .

ونضيف إلى ذلك أنه من الخطورة بمكان اقامة نظام قانونى مستحدث على هدى من الأحكام الضريبى نظراً للطابع التقلبى بل الهوائى لهذه الأحكام . ففى

---

(١) إذا كان الأصل ان مكنة اجراء الاهلاكات التنازلية مقصورة على المشروعات الصناعية الا أن الإدارة الضريبية الفرنسية تجيز للمشروعات التجارية التى يكون لها استثمارات شبيهة باستثمارات المشروعات الصناعية اهلاك مهماتها اهلاكاً تنازلياً : COUDERT et autres, op. cit., p. 79 No 1 - 163.

(٢) BARBE, op. cit., p. 56. BOSC, op. cit., p. 18.

مجال التأجير التمويلى ترجع المزايا التى تتمتع بها الشركة الممولة إلى امكانية اجراء إهلاك تنازلى للأصل ، مما يشير إلى اختلاف الآثار المترتبة فى حالة اجراء اهلاك متساوى او تصاعدى [١] . فلا يتصور القضاء على نظام التأجير التمويلى لمجرد حرمان شركات التأجير التمويلى من اجراء الاهلاك التنازلى ، بل يمكن تصور تدخل المشرع لتقرير مكنة الاهلاك الضريبى للمستفيد وليس لشركة التأجير التمويلى كما هو الحال فى الدانمارك[٢] ، خاصة إذا تجاوز المشرع الفرنسى ستار الايجار الذى يضفى على التأجير التمويلى واخذ فى اعتباره من الجهة الضريبية دور ملكية الأصل كضمان ضد مخاطر اعسار المستفيد . ولا يعد هذا المسلك المحتمل من قبل المشرع من قبيل المحال ، فقد قرر مكنة الإهلاك الضريبى للمشترى رغم احتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان . ولا تستبعد امكانية توحيد الحكم فى المستقبل بين البيع مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان والتأجير التمويلى .

ونشير اخيراً إلى ان الاستاذ MASSIN قال بفكرته فى وقت لم يكن فيه التأجير التمويلى – طبقاً لأحكام قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ – يرد الا على اموال يصح ان تكون محلاً للاهلاك الضريبى [٣] . اما وقد اصبح الآن يرد على المحال التجارية والحرفية ، بل وعلى بعض عناصرها المعنوية ، وهى جميعاً من الأموال التى لا يصح ان تكون محلاً للاهلاك الضريبى [٤] ، لم يعد فى الامكان مجرد تصور اتجاه نية الطرفين إلى تمويل اهلاكها ضريبياً .

---

(١) DANZIGER, op. cit., p. 40 - 41.

(٢) DAMER, op. cit., p. 127.

(٣) فلقد صاغ مقالته المشار إليها عام ١٩٧٢ أى فى ظل نفاذ قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ المعدل بلائحة ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ وقبل صدور قانون ٦ يناير ١٩٨٦ وقانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ .

(٤) GORE et JADAUD, op. cit., p. 794 No 709.

المطلب الثانى

نظرية العقد المنشىء للملكية الإقتصادية

٥٨٩ – يعد التأجير التمويلى ظاهرة اقتصادية حديثة نسبياً ، تنتج عنها روابط قانونية هى بالاقل متميزة ، تدور حول ملكية مال يتم استغلاله من الوجهة الإقتصادية .

والواقع ان تطور المشروعات الإقتصادية والعلاقات الناشئة عن مزاولة النشاط الاقتصادى بات يصطدم بالنظم التقليدية الخاصة بملكية الأموال والإنتفاع بها ، وبصفة خاصة حال انفصال شخص المنتفع بالمال عن شخص مالكه . فالأمر لم يعد يتوقف عند محض تمكين الغير من الإنتفاع أو تقرير حق عينى له بالإنتفاع أو الاستعمال ، وإنما يتجاوز ذلك إلى الاشتراك فى استغلال المال واستنفاد طاقته الإنتاجية دون ان يرتبط الأمر بمشاركة حتمية فى المشروع الإقتصادى ذاته . ويعبر رائد نظرية العقد المنشىء للملكية الإقتصادية – GOYET – عن ذلك بظهور نوع مستحدث من الملكية هى الملكية الإقتصادية والتى تتميز عن فكرة الملكية التقليدية ، والتى يعبر عنها بالملكية القانونية [(١)] .

ولئن كان نظام الملكية الإقتصادية يمثل قالباً أو فكرة قانونية عامة لا تقتصر فى شمولها على التأجير التمويلى ، الا ان ما يهمنا فى هذا المقام هو تفسير الروابط القانونية الناشئة عنه على ضوء تلك الفكرة الحديثة . ولا شك ان الأمر يتطلب منا إيجاز تلك الفكرة كما ساقها وبلورها GOYET .

واسوة بالمنهج المتبع فى عرض نظريات تكييف عقد التأجير التمويلى نتناول أولاً بحث اسس نظرية العقد المنشىء للمليكة الإقتصادية ، ثم نتولى تقدير هذه النظرية فى حدود محل بحثنا الخاص بالتأجير التمويلى .

---

(١) GOYET, op. cit., p. 193 No 357.

الفرع الأول

اسس نظرية العقد المنشىء للملكية الإقتصادية

٥٩٠ - جدير بالاشارة فى بادىء الأمر ان GOYET صاغ فكرته عن الملكية الإقتصادية وتمييزها عن الملكية القانونية على ضوء تحليل بعض الصور الخاصة للإيجار هى التأجير التمويلى والإيجار الحكرى . واستناداً إلى الأحكام المنظمة للروابط الناشئة بين المؤجر والمستأجر يخلص الباحث إلى ارساء فكرة الملكية الاقتصادية . ونقتصر فى هذا المقام على ايجاز تحليل الباحث فى شأن التأجير التمويلى .

وفى نظر GOYET ترجع خصوصية التأجير التمويلى إلى احتفاظ شركة التأجير التمويلى بملكية الأصل على سبيل الضمان (١) . وحيث تشترط الشركة الضمان تبرز فكرة منح الائتمان كجوهر للعلاقة القانونية . الا أنه يترتب على اعتبار النقود المكافىء العام للسلع إمكانية ان يتخذ القرض النقدى شكل المبادلة السلعية (٢) . وبعبارة اخرى يمكن اعتبار وضع سلعة تحت تصرف الغير منحاً للائتمان بصورة غير مباشرة . وهو ما يتحقق فى التأجير التمويلى اذ يسمح الايجار فيه بمنح ائتمان سلبى إلى المستفيد . ويقصد بالائتمان السلبى ازالة الحاجة إلى النقود عن طريق توفير السلعة خلافاً للائتمان الايجابى الذى يشبع الحاجة إلى النقود . ويشير الباحث إلى أهمية التفرقة بين الائتمان الايجابى والائتمان السلبى من الوجهة القانونية ، ذلك ان مانح الائتمان فى حالة الائتمان السلبى لا يظهر كدائن للمبلغ النقدى المقرض ولكنه يصبح مالكاً للسلعة التى وضعت تحت تصرف الغير مما يسمح لحق الملكية بأن يلعب دوره كضمان ضد مخاطر هذا الغير (٣) .

---

(١) GOYET, op. cit., p. 7 No 13.

(٢) Op. cit., p. 226 No 412.

(٣) Op. cit., p. 3 No 6.

٥٩١ - ويرى GOYET أنه لا يكفى تحديد الهدف الإقتصادى للتأجير التمويلى دون التفات أو تحليل لشكله ووصفه القانونى [١] . فيقوم بتحليل الآليات القانونية للتأجير التمويلى كما بلورها العمل فى فرنسا . وتتركز انتقاداته الرئيسية فى ابراز الطابع الاصطناعى المختلق للإيجار فيه [٢] .

فالملاحظ ان عناصر ثلاثة تنفى عن التأجير التمويلى طابع الايجار المحض : عدم قابلية مدة الايجار للالغاء ، وإمكانية تملك العين المؤجرة ، وتضمين اقساط الأجرة ثمن تملك هذه العين [٣] . ومن جانب آخر تقترب المبالغ النقدية التى يوفى بها المستفيد على سبيل الاجرة من تلك التى كان ليخصصها لاهلاك رأسمال سلعى [٤] . كذلك تضفى سلبية شركة التأجير التمويلى بوصفها ممولة على العقد طابع الفورية [٥] ، كما تضفى على العقد طابع العقد الملزم لجانب واحد ليس عند ابرامه وانما بدءاً من مرحلة تنفيذه [٦] . واخيراً يشير الباحث إلى استبعاد جميع الآثار المترتبة على عقد الايجار ، ويذهب إلى أنه إذا كان الخروج على احدى القواعد المكملة يمثل تنظيماً اتفاقياً خاصاً للعلاقة الايجارية فإن الخروج عليها جميعاً يشوه قالب الايجار ويتعين بالتالى هجره [٧] .

٥٩٢ - جوهر التأجير التمويلى اذن فى نظر الباحث هو الافادة من حق الملكية لاسباب ضمانية . ولديه ان التأجير التمويلى فى صورته التقليدية هو نموذج للاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، بينما يمثل التأجير التمويلى اللاحق نموذجاً لنقل الملكية على سبيل الضمان ، وهو بهذا الوصف تطبيق لنقل الملكية

(١) Op. cit., p. 88 No 158.
(٢) Op. cit., p. 11 et s.
(٣) Op. cit., p. 28 No 44.
(٤) Op. cit., p. 35 No 61.
(٥) Op. cit., p. 47 No 81.
(٦) Op. cit., p. 47 No 82.
(٧) Op. cit., p. 50 No 88.

الضمانيـة Aliénation fiduciaire [1] .

ومن هنا تبرز للباحث معالم التمييز الكامن بين حق الملكية حال الافادة من السلطات الناشئة عنه وحق الملكية المجردة الذى يمثل التأجير التمويلى تطبيقاً له . فلم تعد الملكية المقررة للشركة الممولة حقاً مادياً ، ذلك ان الشركة لا تبالى بالمنافع المادية للشىء وانما تستبقى منه مجرد قيمته [2] .

ويعبر GOYET عن اختلاف صورتى الملكية بالتمييز بين الملكية القانونية والملكية الاقتصادية : فالملكية القانونية هى تلك الملكية التقليدية التى ينظمها القانون المدنى والتى تنشأ عن التملك وتنقضى مع هلاك الشىء . أما الملكية الاقتصادية فهى ذلك الحق الذى يسمح لصاحبـه باستنفاد مـدة عمر الشىء الى يقدرها الطرفان نافعـة [3] . وتنشأ الملكية الإقتصادية عن العقد وتنقضى بانقضائه . ويعد العقد منشئاً للملكية الإقتصادية وليس ناقلا لها . والملكية الإقتصادية خلافاً للملكية القانونية ملكية مؤقتة تتحدد مدتها اتفاقاً [4] .

٥٩٣ – وبفرض اندراج التأجير التمويلى تحت مفهوم الملكية الإقتصادية تنحصر التزامات شركة التأجير التمويلى فى وضع الشىء تحت تصرف المستفيد . ويعد وضع الشىء تحت تصرف الغير مرتبة وسطى بين الحيازة القانونية والحيازة المادية [5] . فلم يعد المستفيد دائناً بالانتفاع بالشىء ، لكنه يتمتع بحق مباشر على الشىء أى حق عينى [6] . ومتى بلغ العقد منتهاه أو تم فسخه تنقضى الملكية الاقتصادية [7] .

وحيث ان الملكية الاقتصادية تجد مصدرها فى العقد تتنوع الشروط الاتفاقية المنظمة لكيفية التمتع بهذا الحق وحدوده : وكأصل عام يتم تقييد الانتفاع بالشىء

---

(١) Op. cit., p. 115 No 208. وقارن WITZ ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ ف ١٥٦ .

(٢) GOYET, op. cit., p. 193 No 357.

(٣) Op. cit., p. 193 No 357.

(٤) Op. cit., p. 195 No 359.

(٥) Op. cit., p. 67 No 119.

(٦) Op. cit., p. 200 No 368.

(٧) Op. cit., p. 201 No 371.

محل الملكية الإقتصادية ويحرم المالك الاقتصادى من التصرف فى حق الملكية الاقتصادية المقرر له [1] . وعلى ضوء ذلك يمكن تفسير اتجاه شركات التأجير التمويلى إلى حرمان المستفيد من التنازل عن الايجار والتأجير من الباطن . ولكن فى اطار الملكية الاقتصادية يأخذ حظر التنازل وصف المنع من التصرف فى حق الملكية الاقتصادية [2] .

وفى هذا الصدد يبدى الباحث دهشته فيما تذهب إليه شركات التأجير التمويلى من منع التصرف بالرغم من الضمان الفعال الذى تتمتع به . فمن جانب يكون فى تنازل المستفيد عن حقوقه ما يخفف من آثار الاستعمال غير النافع للشىء . ومن جانب آخر يمكن الاتفاق على ان يبقى المستفيد متعهداً بالوفاء بالتزاماته تجاه الشركة الممولة إلى جانب المتنازل إليه مما يوفر ضمانا كافياً لها [3] .

٥٩٤ – ويخلص الباحث مما تقدم ان الملكية القانونية للشىء ، متى تقررت للمستفيد ملكيته الاقتصادية ، هى ملكية مجردة تفتقد إلى عنصرها المادى : فهى مجرد سند يخول الشركة استرداد كافة سلطات الملكية بمجرد انقضاء العقد المنشىء للملكية الاقتصادية [4] . وباحتفاظ الشركة بهذا السند يتوافر لها الضمان الفعال ضد مخاطر اعسار المستفيد ، اذ تسترد كافة سلطات الملكية فى حالة عدم وفاء المستفيد بالتزاماته وفسخ العقد المنشىء للملكية الاقتصادية .

اما بالنسبة إلى المستفيد فإنه يستطيع استعمال الشىء كما لو كان مالكاً له، وانما يكون مهدداً بزوال حقوقه عليه إذا توقف عن دفع ديونه تجاه المالك القانونى للشىء أى شركة التأجير التمويلى . ولئن كانت الدفعات النقدية التى يلتزم بادائها تمثل ثمناً للشىء يتم الوفاء به بالتقسيط يعد التزامه هذا التزاماً عينياً يرتبط بتمتعه بالحق العينى الوارد على الشىء [5] .

---

(١) Op. cit., p. 210 No 389 - 390.

(٢) Op. cit., p. 213 No 394.

(٣) Op. cit., p. 219 No 402.

(٤) Op. cit., p. 222 No 406.

(٥) Op. cit., p. 222 No 407.

ويشير GOYET اخيراً إلى ان نظام الملكية الاقتصادية من نظم قانون المستقبل Lege ferenda لا موضع له فى الوقت الراهن ضمن تفسيمات الحقوق الواردة على الاشياء . لكنه نظام من شأنه نقل مصدر الأحكام المنظمة للتأجير التمويلى من قواعد العقود والالتزامات إلى القواعد القانونية الخاصة بالأموال [(١)] . وذلك نتيجة منطقية ما دمنا بصدد تنظيم صورتين متميزتين للملكية ، ولا يعدو عقد التأجير التمويلى سوى العقد المنشىء لاحدى هاتين الصورتين الا وهى الملكية الإقتصادية .

الفرع الثانى

تقدير نظرية العقد المنشىء للملكية الإقتصادية

٥٩٥ - نرى ان اهم ما تمتاز به نظرية العقد المنشىء للملكية الإقتصادية ، خلافاً للنظريات الأخرى التى قيلت فى تكييف عقد التأجير التمويلى ، يكمن فى ربطها العضوى بين دور الملكية كضمان وانتفاع المستفيد بالأصل . وتعبر عنه النظرية بالتمييز بين الملكية القانونية المقررة لشركة التأجير التمويلى والملكيةالإقتصادية المقررة للمستفيد .

وتعد النظرية المعنية خطوة جوهرية نحو الوقوف على الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى ، اذ حتى بفرض الدلالة على فساد فكرة الملكية الاقتصادية بات من المقرر ان الانتفاع بالأصل ركن اساسى من اركان عقد التأجير التمويلى .

ولا مطعن لنا على نظرية العقد المنشىء للملكية الاقتصادية بسبب تقنينها لما يجرى عليه العمل فى فرنسا فى شأن تحديد المضمون الاتفاقى لعقد التأجير التمويلى [(٢)] . ومع ذلك يعترى النظرية بعض اوجه القصور من شأنها القاء الظل على بعض جوانب التأجير التمويلى وبالتالى صعوب الوقوف على طبيعته القانونية .

---

(١) Op. cit., p. 193 No 356.

(٢) ويختلف الأمر كلية رذا طرحت اشكالية مدى توازن الاداءات فى اتفاق التأجير التمويلى . وهو ما عرضنا له تفصيلاً فى رسالتنا للدكتوراه ، سابق الاشارة إليها ، ص ٨٠٠ وما بعدها .

٥٩٦ – فمن جانب أول لم يعد المستفيد طبقاً لنظرية العقد المنشىء للملكية الاقتصادية دائناً بالانتفاع بالأصل ، وانما يتقرر له حق مباشر على الأصل . وإذ يتم وضعه تحت تصرف المستفيد لم يعد يقع على عاتق شركة التأجير التمويلى التزام ايجابى بالتسليم . ويكفى فى هذا الصدد ان يكون الأصل تحت تصرف المستفيد لدى البائع أو مقاول انشاء المبانى ويتعين على المستفيد التوجه إليه لتسلم الأصل . بينما فى حالة التأجير التمويلى اللاحق لا يكون هناك مجال للتسليم والتسلم ، لا فعلاً ولا حكماً ، نظاً لوجود الأصل فى حيازة المستفيد .

ويصف GOYET وضع الأصل تحت تصرف المستفيد بأنه فى مرتبة وسطى بين الحيازة القانونية والحيازة المادية . لكنه لا يشير إليه بوصفه التزاماً سلبياً يشغل كاهل شركة التأجير التمويلى ، يسمح باثارة مسئوليتها فى حالة عدم ابرام عقد البيع أو امتناعها عن دفع الثمن أو تكلفة البناء . ولا يستقيم القول بان الحق العينى المقرر للمستفيد يسمح له بوضع يده على الأصل لأنه فى المرحلة التى لا يزال فيها الأصل مملوكاً للبائع أو مقاول انشاء المبانى لا يمكن الاعتراف بأى حق مقرر للمستفيد على الأصل .

ويضاف إلى ذلك ان الباحث لا يلقى الضوء على تلك المرتبة الوسطى لوضع الأصل تحت تصرف المستفيد . فمن الثابت ان للحيازة القانونية عنصرين احدهما مادى والآخر معنوى . اما الحيازة المادية فتعنى تقرير سلطة مادية على الشىء دون توافر نية الظهور بمظهر صاحب الحق العينى على الشىء [١] .

وتطبيقاً لذلك على التأجير التمويلى يتوافر العنصر المادى للحيازة لدى المستفيد . ولكن العنصر المعنوى لا يتوافر كلية : ذلك أنه فى فرض غيابه لا يعدو ما يتقرر للمستفيد من سلطة على الشىء سوى السلطات المقررة بموجب الحيازة المادية ، اما فى فرض تمام العنصر المعنوى ، تكون حيازة المستفيد للشىء حيازة قانونية . ومفاد رأى الباحث ان تكون حيازة المستفيد للأصل حيازة قانونية نسبية أو حيازة يتوافر فيها عنصر

(١) VANEL: Propriété, Encyclopédie Dalloz Civil, VI, No 37 - 38.

معنوى من نوع خاص . وبطبيعة الحال لا يشير GOYET مطلقاً إلى الطابع الخاص للعنصر المعنوى فى وضع الأصل تحت تصرف المستفيد .

ويرجع الأمر فى تقديرنا إلى عدم وضوح مفهوم الحيازة القانونية لدى الباحث . فهو يربطها حتماً بالملكية ، وحيث أنه بصدد صورتين للملكية لا يتصور معهما حيازة قانونية للشيء يتمتع بها شخصان متميزان . لذلك يترك الأمر معلقاً ويكتفى بالاشارة إلى أنه يتم وضع الأصل تحت تصرف المستفيد ، وان وضع الأصل تحت التصرف يأتى فى مرتبة وسط بين الحيازة القانونية والحيازة المادية .

اما وان الحيازة بوجه عام ترد على الحقوق وليس على الاشياء [1] ، يمكن لمالكين تتميز ملكيتهما ان يحوز كل منهما حقه : حق الملكية القانونية بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلى وحق الملكية الاقتصادية بالنسبة إلى المستفيد . وبما ان كلا منهما يحوز حقه لحساب شخصه أى مع توافر قصد استعمال الحق محل الحيازة ، تكون حيازة كل منهما لحقه حيازة قانونية .

٥٩٧ – ومن جانب آخر يخلط GOYET بين السلطات التى تقررها الملكية الاقتصادية للمستفيد على الشيء والحقوق المقررة له بوصفه صاحب حق الملكية الإقتصادية . ويبين ذلك من قوله بتقييد حق الانتفاع والمنع من التصرف ، ويفسر بذلك ما اتجه إليه العمل فى عقود التأجير التمويلى من حرمان المستفيد من التأجير الباطن والتنازل عن الايجار . فالمقصود بالانتفاع استعمال واستغلال الشيء ، وهما سلطتان يقررهما حق الملكية لصاحبه . أما التصرف المحظور فهو تصرف المستفيد فى حق الملكية الإقتصادية المقرر له وليس التصرف فى الشيء أى السلطة الثالثة التى يقررها حق الملكية لصاحبه على الشيء . وهذه السلطة الأخيرة لا يمكن بداهة تقريرها الا لصاحب الملكية القانونية للشيء والا انتفى كل معنى للسند الذى يسمح لصاحبه بالاستئثار بقيمة الشيء . فالمقصود اذن بالتصرف لدى GOYET

---

(١) السنهورى : الوسيط ، سابق الاشارة إليه ، الجزء التاسع : اسباب كسب الملكية ، ف ٢٥٩ .

التصرف فى حق الملكية الاقتصادية .

وإذا كان للمالك اقتصادياً استعمال الشيء واستغلاله فإن الملكية الاقتصادية تتميز عن حق الانتفاع فى ان الأولى تسمح لصاحبها باستنفاد مدة عمر الشيء مما يخول له الحصول على منتجاته والانتقاص من أصله ، بينما حق الانتفاع لا يخول صاحبه منتجات الشيء فلا يجوز له الانتقاص من أصله بل يجب عليه رد الشيء فى نهاية مدة الإنتفاع [1] .

ولا شك أن منع التصرف فى الشيء يمثل عائقا فى سبيل الحصول على الائتمان ، اذ يعجز المالك عن ترتيب تأمين عينى على الشيء وقد منع من التصرف فيه [2] . اما التصرف فى حق الملكية الاقتصادية فمن شأنه انتقال الالتزامات العينية المرتبطة بالشيء إلى المتصرف إليه . ولا شك ان شركة التأجير التمويلى فى سعيها الدؤوب نحو السيطرة على العملية وتركيز علاقة الائتمان فى شخص المستفيد لا تجيز لهذا الاخير استبدال مدين جديد به . ويؤكد ذلك ان رابطة الائتمان تمثل جوهر علاقة الشركة بالمستفيد وليس تنظيم استعمال واستغلال الشيء من خلال انشاء حق الملكية الاقتصادية . اما التخفيف من آثار الإستعمال غير النافع للشيء فهو يفترض إنشغال شركة التأجير التمويلى بمصالح المستفيد ، ولم يعد خفيا أن الشركة لا تحدد المضمون الإتفاقى للعقد سوى على ضوء مصالحها البحتة .

٥٩٨ - وطبقا لنظرية العقد المنشيء للملكية الإقتصادية يكفى وضع الأصل تحت تصرف المستفيد ، ولا يقع على عاتق شركة التأجير التمويلى أدنى التزام بعد ذلك . وتسمح الملكية المجردة أى الملكية القانونية للأصل بمواجهة مخاطر إعسار المستفيد إذ تسترد الشركة النطاق المطلق لحق الملكية عند فسخ العقد المنشيء للملكية الإقتصادية .

---

(١) السنهورى ، المرجع السابق ، ف ٤٩٣ .

(٢) VANEL, op. cit., No 98.

والأمر إذا كان يفسر سلبية شركة التأجير التمويلى فيما يتعلق بالأصل ، إلا أنه لا يفسر لنا إتساع نطاق التزامات المستفيد فيما يتعلق بالمحافظة على الأصل من جانب وفيما يتعلق بضمان فعالية الملكية القانونية من جانب آخر .

ووفقا للباحث تجد أحكام التأجير التمويلى مصدرها فى القواعد الخاصة بالأموال لا فى تلك المتعلقة بالعقود والإلتزامات . ونجد فى القواعد المشار إليها أنه نظرا للسلطة المادية المباشرة التى تتقرر لصاحب الحق العينى على الشىء فإنه يلتزم بإجراء جميع الأعمال اللازمة للمحافظة على الشىء بإستثناء حالة الإصلاحات الجسمية التى تبقى على عاتق المالك [1] . وهو حكم يجب إعماله فى مجال التأجير التمويلى . ومع ذلك يلاحظ أن ما يميز حق الملكية الإقتصادية هو إمكان إستنفاد مدة عمر الشىء التى يقدرها الطرفان نافعة ، مما يعنى تقرير وجه للإنتفاع بالشىء يجاوز فى نطاقه ذلك المقرر لصاحب الإنتفاع ومن باب أولى صاحب حق الإستعمال ، ويبرر بالتالى إتساع نطاق التزامات المستفيد المتعلقة بالمحافظة على الأصل . إلا أن GOYET لا يشير إلى حكم الإصلاحات الجسمية ، وحيث أنه يترك أمر تنظيم كيفية إستغلال الشىء من الوجهة الإقتصادية للإتفاق فهو لايجد غضاضة فى التزام المستفيد بإجراء الإصلاحات الجسيمة .

٥٩٩ - ومن شأن نظرية العقد المنشىء للملكية الإقتصادية تعزيز مطالب شركات التأجير التمويلى فى حالة عجز المستفيد عن سداد أقساط الأجرة . فالملكية الإقتصادية ملكية مؤقتة بمدة يحددها الإتفاق . ولكن من شأن العقد منح المستفيد سلطة مباشرة على الأصل ، ولا نكون بصدد تمكين من الإنتفاع يفرض على شركة التأجير التمويلى التزامات محددة . ويترتب على ذلك إعتبار الملكية الإقتصادية حقا مضافا إلى أجل فاسخ ، مما يؤدى إلى وجوب إعتبار العقد المنشىء للملكية الإقتصادية

(١) المادة ٦٠٦ من التقنين المدنى الفرنسى .

عقدا فوريا وليس عقدا مستمرا وهو ما يلاحظه GOYET على عقد التأجير التمويلى فى العمل الفرنسى [(١)] .

ويكون مؤدى ذلك إستحقاق الأجرة الإجمالية بمجرد تكوين العقد ، يتراخى تنفيذ التزام المستفيد بأداء الأجـرة فى الزمان نتيجة الإتفاق على تقسيطها ، ولذلك جعل GOYET من الإلتزام بدفع الأجرة التزاما عينيا يرتبط أداؤها بالملكية الإقتصادية المقررة [(٢)] . لكن فى حالة إمتناع المستفيد عن دفع أحد أقساط الأجرة وجب تكييف الشرط الفاسخ الصريح الوارد بعقود التأجير التمويلى بأنه إسقاط للأجل الفاسخ يترتب عليه إسترداد الشركة الممولة لكامل سلطانها على الأصل . ومع ذلك يظل كامل الأجرة الإجمالية مستحقا للشركة فتستطيع إقتضاءها من المستفيد دون حاجة إلى تضمين العقد أى شرط جزائى . وتتفادى بذلك شركات التأجير التمويلى كل محاولة من جانب القضاء لخفض التعويض الإتفاقى .

وجدير بالإشارة إلى أن الغاية من تقرير الإلتزامات العينية بوجه عام هى ضمان التزام كل شخص بأداء متعلق بملكية أحد الأشياء ولو لم يكن قد تعهد بإرادته الوفاء به [(٣)] . ويوفى المستفيد بالأقساط مقابل تمتعه بحق الملكية الإقتصادية ، وحيث أنه لا يجوز له التنازل عن حقه هذا إلى الغير فلا مغزى حقيقى من إعتبار الإلتزام المشار إليه التزاما عينيا . ولكننا رأينا من قبل أن شركة التأجير التمويلى قد تجيز للمستفيد التنازل عن الإيجار إلى الغير ، وفى مفهوم GOYET يكون التنازل واردا على حق الملكيـة الإقتصادية ويكفى إعتبار الإلتزام بأداء الأجرة التزاما عينيا لكى يصير المتنازل إليه ملتزما بأدائها تجاه شركة التأجير التمويلى [(٤)] .

---

(١) GOYET, op. cit., p. 47. No 81.

(٢) GOYET, op. cit., p. 222 No 407.

(٣) LE GALL, op. cit., p. 392. DERRIDA: Obligations, Encyclopédie Dalloz Civil, V, No 13.

(٤) ويترتب على ذلك بطريق فرعى عدم جواز اعتبار الدفعات من قبيل الأجرة اورد لأصل القرض مما يستبعد تطبيق النصوص التى من شأنها المساس بالأجرة المتفق عليها .

٦٠٠ - ويلاحظ من جانب أخر أن حق الملكية الإقتصادية بوصفه حقا عينيا يكون نافذا فى مواجهة الكافة . وإذا كان المشرع الفرنسى يفرض إشهار عقود التأجير التمويلى فإن الغرض من ذلك كما رأينا من قبل إعلام الغير بإنتفاء الملكية القانونية للأصل عن المستفيد . ويكفى لتحقيق هذا الغرض إعلام الغير بحق الملكية الإقتصادية المقررة للمستفيد فيظل الشهر واردا على عقد التأجير التمويلى بوصفه العقد المنشىء للملكية الإقتصادية .

ويترتب على نفاذ الملكية الإقتصادية فى مواجهة الكافة ترتيب الآثار التى تقضى بها المادة الأولى - أولا من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ دون حاجة إلى نص . فالمادة المذكورة تلزم المتصرف إليه بالوفاء بالتزامات شركة التأجير التمويلى وتبقى هذه الأخيرة ضامنة حسن تنفيذ المتصرف إليه لتلك الإلتزامات . لكن للنص المتقدم أهميته حتى فى إطار الملكية الإقتصادية لأنه يقضى بوفاء المتصرف إليه بالإلتزامات الناشئة عن عقد التأجير التمويلى ، فنفاذ حق الملكية الإقتصادية شىء والإلتزام بتنفيذ العقد المنشىء له فيما يرتبه من التزامات شىء آخر . والواقع أن الحكم المتقدم ، فى مفهوم نظرية العقد المنشىء للملكية الإقتصادية ، يجعل من التزامات شركة التأجير التمويلى التزامات عينية تعهدت بالوفاء بها ثم إنتقلت منه إلى المتصرف إليه . كذلك يكون للنص أهميته فيما يتعلق ببقاء شركة التأجير التمويلى ضامنة حسن تنفيذ المتصرف إليه للإلتزامات الناشئة عن العقد .

ومع ذلك كان المشرع الفرنسى يهدف من نص المادة الأولى-أولا من قانون ١٩٦٦ ضمان إستمرار إنتفاع المستفيد بالأصل من جانب وضمان إنتقال ملكية الأصل إليه عند إعماله خيار التملك من جانب آخر . وفى إطار الملكية الإقتصادية يكفى نفاذها فى مواجهة المتصرف إليه لضمان المضى فى إستغلال الأصل . أما إنتقال الملكية القانونية إلى المستفيد عند إنقضاء أجل الملكية الإقتصادية فهذا ما لا يلتزم به المتصرف إليه دون نص يلزمه بذلك ، فضلا عن أن فكرة الملكية الإقتصادية كما صاغها GOYET لا تفيد ترتيب هذا الأثر دون إتفاق صريح عليه .

بل أنه على العكس من ذلك لا يتسق نقل الملكية القانونية إلى المستفيد مع مفهوم الملكية الإقتصادية . فالملكية الإقتصادية تنقضى بحلول الأجل المتفق عليه و إذا كان جوهرها يتمثل فى أن تسمح لصاحبها بإستنفاد مدة عمر الشىء التى يقدرها الطرفان نافعة فليس ثمة مانع من شمول الأجل العمر الإقتصادى للأصل . وفى هذه الحالة قد يستقل تحديد الأجل المتفق عليه عن مدة الإهلاك الضريبى للأصل ، أو على العكس يقترن بها إذا كانت مدة الإهلاك تتحدد على ضوء العمر الإقتصادى للأصل .

وعلى ذلك إما أن يستنفد أجل الملكية الإقتصادية للأصل كل إستعمال نافع له ، وإما أن يكون الأجل قد تحدد على ضوء المدة التى يقدرها المستفيد والشركة الممولة تفى بكل إستعمال نافع للأصل . وفى كلتا الحالتين من المرجح أن يأبى المستفيد تملك الأصل من الوجهة القانونية . لكن واقع العمل يشير إلى خلاف ذلك لأن المستفيد لا يحرم من ملكية الأصل إلا على ضوء مصلحة شركة التأجير التمويلى فى إكتساب الملكية والإحتفاظ بها على السبيل الضمان . هذا من جانب ، ومن جانب آخر يتخذ المستفيد قراره بالتملك على ضوء التكلفة المالية التى تكبدها طوال مدة العقد من جهة وإحتمالات تسويق الأصل أو المضى فى الإنتفاع به من جهة أخرى . وبعبارة أخرى تفسر لنا الإعتبارات التمويلية سلوك المستفيد الذى لا يقترن بالضرورة بضابط الإستعمال النافع للأصل .

وخلاصة القول أن نظرية الملكية الإقتصادية تجعل من الإستعمال النافع للأصل جوهر عقد التأجير التمويلى ، فى حين أن جوهره هو التمويل ، وفيه تصبح الملكية الضمان الجوهرى والإنتفاع بالأصل ما لا تبرر إعتبارات التمويل والضمان حرمان المستفيد منه .

المبحث الثالث

تكييف عقد التأجير التمويلي

في إطار تعدد الروابط القانونية

٦٠١ - رأينا بصدد دراسة أحكام عقد التأجير التمويلى مدى تعدد الروابط التعاقدية التى تنشأ عن عملية التأجير التمويلى بوجه عام . وتتعدد هذه الروابط بين طرفى عقد التأجير التمويلى أى الشركة الممولة والمستفيد : الوكالة مع تعدد صورها ، الإيجار ، الوعد المنفرد بالبيع أو التأجير ، الشركة ، الإيجار البنائى أو الحكرى . وقد تنشأ هذه الروابط بين شركة التأجير التمويلى والغير : البيع ، المقاولة ، التأمين (بوصف الشركة مستفيدا من الإشتراطات التى تتضمنه عقود التأمين) ، الكفالة . وقد تنشأ أخيرا بين المستفيد والغير : المقاولة ، التأمين .

وإزاء ذلك رأى البعض عدم صحة المنهج المتبع فى تحديد الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى بمعزل عن تلك الروابط العقدية العديدة التى تنشأ بمناسبة تنفيذ إحدى عمليات التأجير التمويلى . ولقد إنصب إهتمام البعض على العلاقة العقدية الرئيسية أى تلك الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد فرأى فى عقد التأجير التمويلى عقدا مركبا [1] . بينما إنشغل البعض الآخر فى المقام الأول بإبراز عناصر التفاعل بين مختلف الروابط القانونية الناشئة بين جميع الأطراف ، فيما وصفه بمركب العقود ، ولم يتوقف عند الحدود الضيقة للعلاقة الثنائية القائمة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد [2] .

---

(١) رائد نظرية العقد المركب هو الأستاذ الفرنسى CHAMPAUD ، وقد عرض فكرته ، التى تبناها العديد من الفقهاء الفرنسيين من بعده ، فى مقاله :

Le leasing, JCP 1965 II 1954, No 27 et s.

(٢) رائد هذه النظرية هو TESSIE فى مؤلفه عن مركب العقود :

Les groupes de contrats, LGDJ, Paris, 1975, p.128 et s.

وجدير بالإشارة إلى أن المشرع الفرنسى أخذ بأهم آثار فكرة مركب العقود عند تنظيمه للعلاقة بين عقدى البيع والقرض فى القانون رقم ٧٨ - ٢٢ بتاريخ ١٠ يناير ١٩٧٨ الخاص بإعلام وحماية المستهلكين فى مجال بعض عمليات الإئتمان .

ونحن من جانبنا نتخذ موقفا وسطا بين الإتجاهين المشار إليهما ، نحدد أولا جوهر عقد التأجير التمويلي أى عناصر العقد الرئيسية ثم نبين أثر طبيعة العقد هذه على مختلف الروابط العقدية التي يشهدها التأجير التمويلي .

وعلى ضوء ما تقدم ينقسم المبحث الحالي إلى ثلاثة مطالب :

الأول : نعرض فيه لنظرية العقد المركب .

الثاني : ونعرض فيه لنظرية مركب العقود .

الثالث : نختتم به الحديث عن الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي بإبراز موقفنا الخاص من تلك الإشكالية .

المطلب الأول
نظرية العقد المركب

٦٠٢ - قبل تناول نظرية العقد المركب بالتحليل يجب إبراز وجه الإرتباط بين مفهوم العقد المركب ومفهوم العقد غير المسمى . وذلك لأنه على ضوء تحديد وجه الإرتباط بين المفهومين تتحدد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد .

فقد يتخذ العقد غير المسمى أحد أوصاف ثلاثة : إما أن يكون تحليلا غير مسمى ، innomé - décomposition أى مجرد شق من أحد العقود المسماة . وإما أن يكون تركيبا غير مسمى innomé – alliage أى توليفة من عدة عناصر عقود مسماة . وإما أن يكون تحديثا غير مسمى innomé – création أى عقدا يتضمن عناصر تكييف جديدة لا تشملها العقود المسماة [١] .

وتتألف العلاقة القانونية الناشئة بين شركة التأجير التمويلي والمستفيد من عدة قوالب عقدية مسماة ، فيكون عقدا مركبا كما أنه قد يبدو تركيبا غير مسمى .

---

(١) TERRE : L'influence de la volonté .., op. cit, p. 456 No 569.

ويلاحظ أنه على ضوء التفاعل بين العناصر الداخلة فى تكوين العقد يمكن إعتبار العقد المركب عقدا غير مسمى . كذلك يمكن إعتبار العقد غير المسمى عقدا مركبا إذا جاء فى صورة تركيب غير مسمى [1] . إلا أن الأمر يتوقف على طبيعة التفاعل بين العناصر الداخلة فى تكوين العقد . فإذا كان العقد المركب هو ذلك العقد الذى يربط بين شخصين أو أكثر بإيجاب وقبول واحد لأجل تحقيق أكثر من غاية [2] ، لا يمكن تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد إلا عن طريق حسم طبيعة العقد المركب بين كونه مجرد ربط لعدة عقود مسماة بإيجاب وقبول واحد وبين كونه تركيبا غير مسمى . وتتحدد طبيعة العقد المركب على ضوء التفاعل بين العناصر الداخلة فى تكوين العقد كما ذكرنا .

وتوضيحا لذلك نقول أن العقد المركب قد يعبر عن عدة خدمات يقدمها أحد الطرفين إلى الآخر ، فإذا كان هناك عقد مسمى يعبر عن كل خدمة على حدة كنا بصدد مجرد ربط بين عدة عقود مسماة بإيجاب وقبول واحد . ويكفى فى هذا الصدد تعدد الخدمات بغض النظر عن أهميتها المتفاوتة فيما بينها فى نظر المتعاقدين . والأصل فى هذه الحالة تطبيق القواعد القانونية الخاصة بكل عقد مسمى يدخل فى تكوين العقد المركب ، ولكن إذا بدا جليا أن التوفيق بين آثار مختلف هذه العقود غير ممكن يجب تطبيق قواعد العقد الرئيسى من بين هذه العقود [3] . ومعنى ذلك وجوب تحديد الخدمة الرئيسية فى نظر العاقدين من بين الخدمات المتعددة التى يعبر عنها العقد المركب وتطبيق الأحكام الخاصة بالعقد المسمى المعبر عن تلك الخدمة الرئيسية دون غيرها . وبعبارة أخرى يتحدد المنهج الواجب إتباعه على ضوء التفاعل بين العناصر الداخلة فى تكوين العقد المركب ، أى وجود عقد رئيسى وعقود تبعية أو ثانوية أخرى

---

(١) TERRE, op. cit, p. 482 No 606 .

(٢) TEYSSIE, op. cit, p. 33 No 62.

(٣) BOYER : Contrats et conventions, op. cit, No 70 .

يشملها جميعا إتفاق واحد [1] .

ويتضح من ذلك أن العقد المركب ، كفكرة قانونية ، هو ذلك العقد الذى يتحدد محله بتقديم عدة خدمات تصلح كل خدمة منها أن تكون محلا لعقد مستقل . ولا يؤثر فى ذلك مدى إعتبار كل عقد من العقود المعبرة عن مختلف هذه الخدمات عقدا مسمى أو غير مسمى ، وإن كان للأمر تأثيره على تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد المركب خاصة إذا لم يكن هناك خدمة رئيسية يستطيع القاضى الوقوف عليها .

أما إذا لم يكن محل الإتفاق واردا على عدة خدمات تصلح كل منها أن تكون محلا لعقد مستقل فإننا لا نكون بصدد عقد مركب بل نكون بصدد ربط بيين قوالب عقدية متعددة ، بغرض ترتيب آثار عدة عقود مسماة على العقد رغم إقتصاره على تقديم خدمة وحيدة ، مما يدخلنا فى نطاق التركيب غير المسمى فيكون العقد بالرغم من تعدد عناصره عقدا غير مسمى يخضع للقواعد العامة للعقود والإلتزامات . وبالتالى إذا كانت نية الطرفين تتجه إلى تطبيق الأحكام المختلفة للعقود المسماة الداخلة فى تكوين العقد فإن العمل بها يكون من قبيل تطبيق شروط إتفاقية وليس من قبيل تطبيق قواعد قانونية ملزمة . فالعبرة دائما فى مجال تكييف العقود بحقيقة الأشياء وليس بمسميات الأطراف . وأهم ما يترتب على ذلك من نتائج عدم جواز تطبيق القاعدة الخاصة بالعقد المسمى ، بوصفها شرطا إتفاقيا ، إذا كانت تخالف قاعدة آمرة كانت لتنطبق على العقد بوصفه عقدا غير مسمى .

٦٠٣ – تلك كانت مقدمة ضرورية لكى يتسنى لنا الحكم على نظرية العقد المركب فى مجال التأجير التمويلى وتقديرها .

---

(١) والمثال التقليدى على ذلك هو عقد الفندقة حيث يقدم الفندق خدمة رئيسية إلى النزيل هى تمكينه من سكنى الغرفة ، كما يقدم خدمات فرعية أخرى كالوجبات الغذائية وحفظ المتعلقات . فمن بين عقود إيجار الغرفة وبيع الأغذية ووديعة للتعلقات يعد عقد الإيجار العقد الرئيسى فى عقد الفندقة المركب . فإن بدا تطبيق أحكام مختلف هذه العقود غير ممكن وجب ترجيح تطبيق أحكام عقد الإيجار .

ولن يختلف منهجنا عند العرض لهذه النظرية عن المنهج الذى إتبعناه فى عرض سائر النظريات الأخرى ، فيكون حديثنا فى فرع أول عن أسس النظرية ثم نتولى تقديرها فى فرع ثان .

الفـــرع الأول

أسس نظرية العقد المركب

٦٠٤ - تحاول نظرية العقد المركب تحديد الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى بمفهومه الضيق ، أى تلك العلاقة العقدية التى تنشأ بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد . وإنما تأخذ النظرية فى الإعتبار تعدد الروابط العقدية التى تنشأ بمناسبة إحدى عمليات التأجير التمويلى .

ولذلك لا مجال للقول لدى أنصار نظرية العقد المركب بثلاثية أطراف عقد التأجير التمويلى ، بمعنى إننا لا نكون بصدد عقد وحيد يربط بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد والبائع أو المقاول . فقد رأينا من قبل أن عملية التأجير التمويلى تنقسم إلى عقدين متميزين : عقد التأجير التمويلى وعقد البيع أو المقاولة . بل ان إستقلال العقدين هو غاية يسعى الأطراف إلى تحققها خاصة فى حالة تملك الشركة الممولة للأصل بموجب عقد بيع . ذلك أن القول بإرتباط العقدين إرتباطا عضويا أو صهرهما فى عقد واحد يجعل من وجود وبقاء أحدهما سببا لوجود وبقاء العقد الآخر ، مما يترتب عليه زوال عقد التأجير التمويلى أو فسخه بسبب عدم إبرام عقد البيع أو فسخه وبالعكس ، وهى كلها آثار يعمد الأطراف المعنية تفادى حدوثها .

وكذلك فى فرض بناء العقار يستقل عقد مقاولة إنشاء المبانى عن عقد التأجير التمويلى ، سواء أبرمه المستفيد عقد المقاولة بإسمه الشخصى ، بوصفه مقاولا فى علاقته بشركة التأجير التمويلى ، أو أبرمه بإسمها ، بوصفه وكيلا عنها .

وحتى فى فرض التأجير التمويلى اللاحق يتميز عقد بيع الأصل عن عقد تأجيره تأجيرا تمويليا ، ولئن كانت العملية واحدة وتربط بين ذات الطرفين إلا أننا نكون بصدد تبادلين للإرادتين أحدهما خاص بالبيع والآخر خاص بالتأجير التمويلى .

وجدير بالإشارة فى هذا الصدد أنه لا عبرة بوحدة أو تعدد المحررات المثبتة للإتفاق . فالمحرر الواحد لا يعبر حتما عن وخدة العقد ، كما يمكن تحرير عدة وثائق رغم وحدة العقد فى حالة تعدد عناصره [١] . لكن فى مجال التأجير التمويلى اللاحق لاشك أن شركة التأجير التمويلى تهدف من تقرير تميز عقدى البيع والتأجير التمويلى وإستقلالهما عدم المساس بعقد البيع فى حالة فسخ عقد التأجير التمويلى .

٦٠٥ - ومع ذلك يلاحظ أنه فى بعض الفروض النادرة يقوم البائع بتوقيع عقد التأجير التمويلى إلى جانب الشركة الممولة والمستفيد . كذلك نجد مقاول إنشاء المبانى كثيرا ما يكون طرفا على الإتفاق التمهيدى فى حالة بناء العقار . إلا أن الأمر لا يعنى ثلاثية أطراف عقد التأجير التمويلى أو الإتفاق التمهيدى . فالعقد أو الإتفاق لا يبرم إلا بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد . أما توقيع البائع أو المقاول فمن شأنه جعل أحكام العقد أو الإتفاق نافذة فى مواجهته فى الحدود التى تخص تدخله بالبيع أو بإنشاء المبانى . فمراد طرفى العقد أن تكون الوكالة التبعية ورجوع المستفيد على البائع بضمان العيوب الخفية نافذا فى مواجهة هذه الأخير ، أو أن تكون الإشتراطات الفنية والمالية الخاصة بالبناء نافذة فى مواجهة المقاول [٢] . كذلك من شأن توقيع البائع أو المقاول تأكيد تدخل أى منهما ، أى قطع السبيل أمام المستفيد إذا أراد تغيير شخص البائع أو المقاول .

والقول بخلاف ذلك يجعل النص على الوكالة التبعية أو رجوع المستفيد بالضمان أو تعاقد المستفيد مع المقاول عديم الجدوى . فلا ضير على البائع وقد صار طرفا فى العقد تسليم الأصل إلى المستفيد أو صيرورته مدينا بضمان العيوب الخفية فى مواجهته ، كذلك لا معنى من إبرام عقد المقاولة إذا صار المقاول ملتزما بإنشاء المبانى

---

(١) TEYSSIE, op. cit, p. 24 No 50.

(٢) ويشير الأستاذ BEY إلى أن توقيع البائع على عقد التأجير التمويلى كان ذائعا قبل قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ . وفى نظره كان التأجير التمويلى فى هذه الحالة بمثابة عقد ذى طبيعة خاصة ثلاثى الأطراف ، يبقى فيه عنصرا الوكالة الأصلية والإيجار عماده :
De la symbiotique .., op. cit, p. 168.

بوصفه طرفا فى الإتفاق التمهيدى . ولكن إذا أخذنا فى الإعتبار ضرورة إنفراد شركة التأجير التمويلى بملكية الأصل من جانب ووجوب إعتبار المستفيد أجنبيا بحسب الأصل عن عقد البيع من جانب آخر ، فما من شك فى إتجاه نية الأطراف إلى الفصل الكامل بين عقد التأجير التمويلى وعقد البيع أو عقد المقاولة .

٦٠٦ - إذن نقطة الإنطلاق لدى أنصار نظرية العقد المركب أن عقد التأجير التمويلى هو ذلك العقد الذى يربط بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد . وبالنظر إلى العناصر الداخلة فى تكوينه يكون العقد عقدا مركبا [١] .

وكما ذكرنا من قبل أن من أثار الطبيعة المركبة لعقد التأجير التمويلى فى الفقه الفرنسى هو الأستاذ CHAMPAUD. وتجدر الإشارة قبل تناول فكرته بالتحليل أن حديثه كان واردا على عقد التأجير التمويلى للمنقولات . وعلى ذلك يخرج من نطاق تحليله لطبيعة العقد كل من التأجير التمويلى العقارى والتأجير التمويلى اللاحق . ومع ذلك يمكن قياس حكم هاتين الصورتين الأخريين على حكم التأجير التمويلى للمنقولات ، بفضر ثبوت صحة تحليل الأستاذ CHAMPAUD .

وجوهر فكرته أن خمس قوالب عقدية تدخل فى تكوين عقد التأجير التمويلى ، ويقوم بترتيبها بحسب تعاقب ترتيب آثارها على النحو التالى : الوعد الملزم للجانبين بالإيجار ، الوكالة ، الإيجار ، الوعد المنفرد بالبيع ، والبيع [٢] .

ويشير CHAMPAUD أن هذه الوقالب الخمسة هى تلك القوالب الرئيسية التى تدخل بالأقل فى تكوين عقد التأجير التمويلى [٣] . ويفهم من ذلك أنه فى نظر

---

(١) CHAMPAUD : Le leasing, op. cit, No 28. MERA, op. cit, p. 52. CABRILLAC, op. cit, no 17. OUERDRAOGO, op. cit, p. 392. VINCENT et DEHAN, op. cit, p. 243. POUSSIER, op. cit, 2° partie, chapitre I, p. 22.

(٢) انظر فى تحليله للعناصر الخمسة المذكورة مقاله سابق الإشارة إليه :
Le leasing, No 28 à 32.

(٣) op. cit, No 28.

الأستاذ هناك قوالب عقدية أخرى تدخل فى تكوين العقد وإنما بالنظر إلى أهميتها الهامشية لا ترقى إلى مصاف الأركان المحددة لطبيعة العقد . وحيث أن الأستاذ CHAMPAUD يقصد بالوكالة الداخلة فى تكوين العقد الوكالة الأصلية [1] ، فإنه يستبعد من العناصر الداخلة فى تكوين العقد كلا من الوكالة التبعية والوكالة الإدارية . أما الشراء والتأمين والكفالة فهى عقود تبرم مع شخص أجنبى عن عقد التأجير التمويلى وبالتالى لا شأن لها فى تحديد الطبيعة القانونية للعقد .

ولا يكتفى CHAMPAUD بإبراز الطبيعة المركبة لعقد التأجير التمويلى ، ولكنه يقرر أن من بين مختلف العناصر الداخلة فى تكوينه يعد عقد الإيجار الأساس العقدى الرئيسى للتأجير التمويلى [2] . وبعبارة أخرى يعد عقد الإيجار العقد الرئيسى فى عقد التأجير التمويلى المركب . ويكون مؤدى ذلك كما أشارنا من قبل أنه فى حالة عدم إمكان التوفيق بين آثار مختلف العقود الداخلة فى تكوين العقد المركب وجب ترجيح تطبيق أحكام عقد الإيجار .

٦٠٧ - ويلاحظ أن CHAMPAUD يحدد مرتبة القوالب العقدية الخمسة بحسب تعاقب ترتيب آثارها ، أى أن هذه القوالب لا تنتج آثارها معا وإنما تتعاقب فى الزمان . وحيث أن الأستاذ يجعل من الإيجار جوهر التأجير التمويلى يمكن القول بأنه فى نظره يعد القالبان الأول والثانى - الوعد الملزم للجانبين بالإيجار والوكالة - عنصرين لازمين لوضع الإيجار موضع التنفيذ ، بينما يعد القالبان الرابع والخامس - الوعد المنفرد بالبيع والبيع - عنصرين لازمين لإنهاء العلاقة العقدية بين الطرفين .

ولقد سلم البعض بصحة تحليل الأستاذ CHAMPAUD من حيث المبدأ ، أى من حيث إعتبار عقد التأجير التمويلى عقدا مركبا . إلا أنه تحفظ فى شأن العنصرين الأول والخامس ، أو الوعد الملزم للجانبين بالإيجار والبيع . فمن العنصر الأول وقياسا على حكم الوعد الملزم للجانبين بالبيع الذى يعد بيعا ، يعد الوعد

---

(١) op. cit, No 29.

(٢) op. cit, No 30.

الملزم للجانبين بالإيجار إيجارا فيختلط بذلك العنصر الأول بالعنصر الثالث فى تحليل CHAMPAUD . أما عن البيع فيرى هذا الجانب أن البيع فى نهاية مدة العقد لا يعد عنصرا متميزا عن الوعد بالبيع ، ذلك أن إبرام عقد البيع هو النتيجة الحتمية لتنفيذ الوعد بالبيع . ويخلص صاحب الرأى إلى أن العناصر العقدية الداخلة فى تكوين عقد التأجير التمويلى عناصر ثلاثة : الوكالة ، الإيجار ، الوعد المنفرد بالبيع [1] .

الفـــرع الثـــانى

تقدير نظرية العقد المركب

٦٠٨ - يمكن توجيه طائفتين من الإنتقادات إلى نظرية العقد المركب ، تتعلق الطائفة الأولى منها بالقوالب العقدية التى يشير إليها CHAMPAUD عند تحليله لعقد التأجير التمويلى ، بينما تتعلق الثانية بمدى جواز إعتبار عقد التأجير التمويلى عقدا مركبا رغم تعدد القوالب العقدية فيه .

وبعبارة أخرى يتعين علينا الحكم على مدى توافر القوالب العقدية الخمسة فى عقد التأجير التمويلى وإبراز أوجه انتفادها من جهة ، ثم على ضوء ذلك نكشف ما إذا كان العقد فى حقيقته عقدا مركبا أم لا .

٦٠٩ - فعن القوالب العقدية ذاتها نشير أولا إلى أن عنصرى الإيجار والوعد المنفرد بالبيع يمثلان جوهر نظرية الإيجار المالى . وقد سبق لنا عرض هذه النظرية وتقديرها وبالتالى يمكن توجيه ذات الإنتقادات التى وجهت إلى نظرية الإيجار المالى إلى نظرية العقد المركب .

ومن جانب آخر لا يمكن إعتبار البيع فى نهاية مدة العقد عنصرا داخلا فى تكوينه . ذلك أنه يتقرر للمستفيد خيار ثلاثى بالتملك أو مد الإيجار أو إنهاء العلاقة

---

(١) DERRUPPE : Droit commercial, op. cit, p. 274.

بشركة التأجير التمويلى . وإذا كان البيع نتيجة حتمية لتنفيذ الوعد بالبيع فإن تنفيذه لا يعد نتيجة حتمية للعقد نظرا لتوقف الأمر على إرادة المستفيد وحده . وفضلا عن ذلك تغفل نظرية العقد المركب الوعد المنفرد بمد الإيجار الذى يشمله العقد ضمن عناصر الخيار الثلاثى .

ولا يبقى بعد ذلك سوى الإشارة إلى الوعد الملزم للجانبين بالإيجار والوكالة ، أى العنصرين الأول والثانى فى تحليل الأستاذ CHAMPAUD .

٦١٠ - من البين أن CHAMPAUD ذهب إلى القول بتضمين عقد التأجير التمويلى ذلك الوعد الملزم للجانبين بالإيجار لأنه فى لحظة إبرام العقد لا تكون شركة التأجير التمويلى مالكة للأصل ، وبالتالى لا يمكنها وضعه تحت تصرف المستفيد وكل من تستطيع فعله هو أن تعد بتأجير الأصل للمستفيد . وكذلك يعد المستفيد بإستئجار الأصل متى تمكنت الشركة من تأجيره [١] . ولذلك كان لازما على الأستاذ ترتيب القوالب العقدية بحسب تعاقب ترتيب آثارها لأن الوعد بالتأجير لا يتصور إلا قبل الإيجار ذاته وإلا ما كان له من مقتض .

وإذا كان صحيحا أن الشركة الممولة لا تملك الأصل عند إبرام عقد التأجير المويلى فإننا مع ذلك لا ندرك الأساس الذى يستند إليه CHAMPAUD لإستخلاص وعد ملزم للجانبين بالإيجار خاصة مع جواز القول بأنه فى هذه المرحلة - وقد تحدد الأصل وبائعه - أن شركة التأجير التمويلى قامت بتأجير ملك الغير . وهو إيجار صحيح فى علاقة المؤجر والمستأجر ، غير نافذ فى مواجهة المالك الحقيقى الذى لم يكن طرفا فيه [٢] .

والواقع أن لا الوعد الملزم للجانبين بالإيجار ولا تأجير ملك الغير يسمح بتفسير ما إتجهت إليه إرادة المتعاقدين : ذلك أن تنفيذ الوعد أو التأجير يتوقف على إبرام عقد البيع وتثور مسئولية شركة التأجير التمويلى إذن فى حالة عدم إبرام البيع . فمن جانب

---

(١) CHAMPAUD op. cit, No 28 .

(٢) PLANIOL et RIPERT, op. cit, Tome 10, No 441.

لا يمكن إثارة مسئولية المستفيد من عدم تنفيذ الوعد بالإستئجار ما لم تكن الشركة الممولة قادرة على تنفيذ وعدها بالتأجير ، ويترتب على ذلك أن الشركة تتحمل تبعة عدم إبرام عقد البيع . ومن جانب آخر يترتب على عدم إبرام عقد البيع عجز الشركة عن تمكين المستفيد من الإنتفاع بالأصل وقد أجرته له وقت أن كان لا زاله على ملك البائع . وتتحمل الشركة أيضا تبعة عدم إبرام عقد البيع دون إمكانية إثارة مسئولية المستفيد .

ولا يفيد عقد الوكالة – وهو العنصر الثانى فى تحليل CHAMPAUD – فى تفادى الآثار المشار إليها . ذلك أن الوكالة المقصودة فى هذا المقام هى الوكالة الأصلية ، أى وكالة المستفيد فى إختيار الأصل وبائعه ولا تمتد إلى توكيل المستفيد فى شراء الأصل . فإذا تعذر إبرام عقد البيع صار فى إمكان شركة التأجير التمويلى إثارة مسئولية المستفيد إستنادا إلى خطئه فى تنفيذ الوكالة . إلا ان مسئولية المستفيد لا تنفى مسئولية شركة التأجير التمويلى عن إخلالها بتنفيذالوعد بالتأجير أو تأجير ملك الغير ، وإن كان لخطأ المضرور أثره فى تحديد التعويض المقرر له .

وتشير حال عقود التأجير التمويلى إلى خلاف ذلك حيث لا تقع أدنى مسئولية على عاتق الشركة الممولة فى حالة تعذر إبرام عقد البيع . ويرجع الأمر إلى تعليق عقد الإيجار على إبرام عقد البيع ، وهو شرط واقف كما أشارنا بصدد الحديث عن تكوين عقد التأجير التمويلى . ومتى تخلف الشرط أى تعذر إبرام عقد البيع زال عقد الإيجار بأثر رجعى ولا تتحمل الشركة تبعة عدم تنفيذ عقد زال عن الوجود . وتبقى الوكالة الأصلية مصدرا لمسئولية المستفيد فى حالة تعذر إبرام عقد البيع دون خطأ من شركة التأجير التمويلى .

وما دام عقد الإيجار معلقا على شرط إبرام عقد البيع فلا مجال للقول بوجود وعد ملزم للجانبين بالإيجار .

٦١٠– وإذا سلمنا بأن دور الوكالة الأصلية هو مجرد إثارة مسئولية المستفيد عن الأضرار التى تلحق بشركة التأجير التمويلى بسبب عدم تنفيذ العقد لتعذر إبرام عقد

البيع ، فما كان للأستاذCHAMPAUD إغفال الوكالة التبعية أو الوكالة الإدارية من العناصر الداخلة فى تكوين عقد التأجير التمويلى.فجميع الوكالات تقوم بذات الدور ، كل منها بحسب موضوعها [1] ، فإما أن ترقى جميعا لمرتبة العنصر الرئيسى الداخل فى تكوين العقد وإما وجب إغفالها جميعا .

إلا أن CHAMPAUD لا يرى فى الوكالة الأصلية إلا الخدمة التى يقدمها المستفيد لشركة التمويلى فى أن يتولى عنها إختيار الأصل وبائعه وقد عزمت الشركة على شرائه . وقد غفل عنه الغرض الأساسى من إشتراط تلك الوكالة – وهو إثارة مسئولية المستفيد – بأن جعلها عنصرا من العناصر الداخلة فى تكوين عقد التأجير التمويلى المركب . ففى إطار فكرته ليس هناك مجال للإيجار ما لم يكن تنفيذ الوعد بالإيجار ممكنا ، ولا يتحقق بدوره ذلك إلا من خلال إبرام عقد البيع . وكان فى مقدور CHAMPAUD تفسير أحكام العقد بجعل تنفيذ الوعد الملزم للجانبين بالتأجير معلقا على شرط حسن تنفيذ المستفيد للوكالة الأصلية . ولئن شرع فى ذلك لأدرك أنه يكفى فى هذا الصدد تعليق عقد الإيجار على إبرام عقد البيع ، ولتوارت لديه فكرة وجود الوعد بالتأجير .

٦١١ – وعلى ضوء ما تقدم يثور الشك حول مدى جواز إعتبار عقد التأجير التمويلى عقدا مركبا . فمن الثابت أن مقتضيات النشاط الإقتصادى وتطوره يفضى إلى إستحداث قوالب عقدية غير مسبوقة ، ومع ذلك فإن تعدد الروابط الإقتصادية فى إطار الإتفاق الواحد هو وحده ما يمكن ترجمته من الوجهة القانونية إلى عقد مركب .

ولا يعد التأجير التمويلى من زاوية الروابط الناشئة بين الشركة الممولة والمستفيد عملية إقتصادية مركبة . فجوهره الخدمة التمويلية المقدمة إلى المستفيد ، وكان فى

---

(١) فالوكالة التبعية كما رأينا من قبل من شأنها أن يصبح المستفيد مسئولا فى مواجهة شركة التأجير التمويلى عن الإشكالات الناشئة بمناسبة إستلام الأصل من البائع . أما الوكالة الإدارية فمن شأنها جعله مسئولا عن إتخاذ جميع الإجراءات اللازمة عن شراء الأصل أو بناء العقار .

مقدور الممول إشتراط رهن أو أى تأمين آخر ضمانا لوفاء المستفيد بالتزاماته . ولكن بالنظر إلى أن الخدمة التمويلية المشار إليها تعرض بصفة أساسية على مشروعات تتميز بقدراتها المالية المحدودة يشترط الممول إكتساب ملكية الأصل محل التمويل والإحتفاظ بها طوال مدة السداد ، بإعتبار حق الملكية كبرى الضمانات التى يمكن أن يحظى بها فى إطار النظام القانونى القائم .

ومن هنا أتت خصوصية التأجير التمويلى ، إذ يلزم لضمان فعالية حق الملكية كأداة ضمان إخفاء علاقة المديونية تحت ستار الإيجار . ويلزم لنفاذ الإيجار إكتساب ملكية الأصل محل التمويل ، وهو مصدر لأعباء ومخاطر يتحملها المستفيد وحده ، فضلا عن عزوف شركة التأجير التمويلى عن تحمل أى عبء ينشأ عن إستعمال الأصل من الوجهة الفنية . وأخيرا كان من المحتم جعل إنتقال الملكية إلى المستفيد فى نهاية مدة العقد إحتماليا فى أغلب الفروض ، بالرغم من مصلحة الشركة الممولة فى التخلص من الأصل الذى لم يعد له أدنى أهمية بعد إكتمال سداد المستفيد لأقساط الأجرة طوال مدة العقد .

٦١٢ – ولئن كان إتفاق التأجير التمويلى يشمل جانبى التمويلى والضمان فإنه لا يمكن مع ذلك إعتباره عقدا مركبا . ذلك أن الضمان بوجه عام يتبع الدين الأصلى ولا يعتبرخدمة إضافية تقدمها شركة التأجير التمويلى إلى المستفيد ، بل على العكس يظهر الضمان بوصفه خدمة مقدمة من المستفيد إلى الشركة فى صورة تخليه عن ملكية الأصل طوال مدة السداد . ويلاحظ أن إكتساب الشركة للملكية لا يتحقق بواسطة عقد التأجير التمويلى بمعناه الضيق ، وإن كان الإحتفاظ بها طوال مدة السداد يتحقق بواسطته .

والقول بتبعية الضمان للدين الأصلى لا يجعل من العقد المنشىء للدين عقدا مركبا وإن شمل الإتفاق الواحد كلا من الدين والضمان . فالمقصود بالتبعية هو توقف وجود الضمان وصحته على وجود الدين المضمون وصحته ، دون أن يكون لوجود الضمان أو صحته أثره على الدين المضمون لا فى وجوده ولا فى صحته [1] . ولا

---

(١) ويقتصر أثر وجود الضمان أو صحته على أوصاف الدين المضمون وأهمها على الإطلاق إضافته إلى=

يتأتى القول بذلك إلا من واقع إستقلال المصدر المنشىء للدين الأصلى عن المصدر المنشىء للضمان . ويترتب على ذلك أن يكون الإتفاق الواحد المشار إليه واردا على عقدين ولا يعد بالتالى عقدا واحدا مركبا .

٦١٣ – وأخيرا لا يصح فى تقديرنا الإستناد إلى تعدد القوالب العقدية التى يشهدها التأجير التمويلى لإعتبار العقد عقدا مركبا . فكما ذكرنا إما أن تكون هذه القوالب لازمة لوضع العقد موضع التنفيذ وإما أن تكون لازمة لإنهاء العلاقة العقدية على ضوء ما يرمى الطرفان إليه ومع هذا التوزيع الخاص للأعباء والتبعات الناشئة عن العقد .

وبالتالى لا تعبر مختلف هذه القوالب عن تعدد للروابط الإقتصادية بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، إذ أنها لا تعبر عن خدمات عدة يتم تقديمها بموجب العقد . ولا يثور فى شأنها التعارض بين أحكام مختلف هذه العقود ، إذ يهدف كل منها إما إلى تحقيق جانب من التأجير التمويلى وإما إلى توزيع جانب من الأعباء أو التبعات الناشئة عنه . فعلى سبيل المثال إذا قيل بأن التعارض قد ينشأ بين تطبيق أحكام الإيجار وتطبيق أحكام الوكالة عند إزدواج صفة المستفيد – كمستأجر ووكيل – فى إستلامه للأصل من البائع ، يزول كل تعارض إذا تعذر تسلم الأصل – وهو شرط لنفاذ الإيجار – إذ لا يبقى على الساحة إلا صفة المستفيد كوكيل فيكون وحده مسئولا عن عدم تسلم الأصل . وتتعدد الأمثلة التى يمكن ضربها فى هذا الصدد دون إختلاف فى الحكم .

= أجل . فيؤدى عدم تقديم الضمان أو إضعافه إلى سقوط الأجل ، كما ينص القانون على بعض الأحوال التى يسقط فيها الأجل فى حالة هلاك المال محل الضمان .

المطلب الثانى

نظرية مركب العقود

٦١٤ - ذكرنا من قبل أن رائد النظرية هو الأستاذ TEYSSIE فى مؤلفه عن مركبات العقود [١] . وفى نظره يعد التأجير التمويلى نموذجا لإحدى صور مركبات العقود هى مجمع العقود ذات التبعية المنفردة مركبة الهيكلة Ensemble de contrats à dépendance unilatérale à structure composée [٢] .

ولإدراك المقصود من التصنيف المتقدم يجب العرض بإيجار للمنهج المتبع فى تقسيم مركبات العقود فى مؤلف TEYSSIE : [٣]

ففى القسم الأول المخصص لدراسة وجود مركبات العقود ، يذهب المؤلف إلى أننا نكون بصدد مركب عقود إذا وجدت عدة عقود واردة على المحل ذاته أو كانت جميعا تهدف إلى تحقيق غاية واحدة ، مما يؤكد أن مصلحة واحدة هى الدافع إلى إبرامها جميعا [٤] .

وتنقسم مركبات العقود إلى سلسلة عقود Chaines de contrats (الباب الأول) وإلى مجموع عقود Ensembles de contrats (الباب الثانى) . وتتميز سلسلة العقود بوحدة محلها ، والتعاقب فى إبرام العقود ، وهى لا تدور حول شخص

---

(١) Les groupes de contrats ، سابق الإشارة إليه ، وهو فى الأصل موضوع رسالة نال عنها المؤلف درجة الدكتوراه فى القانون .

(٢) op. cit, p. 128 et s.

(٣) ولا يغنى الأمر بأى حال من الأحوال عن وجوب الرجوع إلى المؤلف ذاته وقراءته قراءة متأنية ، فضلا عن أهميته الخاصة لكل من يعنيه أمر تطوير القواعد العامة للقانون الخاص .

(٤) op. cit, p. 33 No 62.

محورى وإنما تتميز بهيكلتها الخطية [١] . وتكون العقود سلسلة إما بتعدد الصفقات Par addition (الفصل الأول) وإما بتجزئة الصفقة diffraction (الفصل الثانى) . أما مجمع العقد فيتميز بإرتكازه حول شخص محورى ، وتكون له هيكلة دائرية ، وتهدف جميع العقود تحقيق غاية واحدة سواء بصفة أصلية أو تبعية ، وبالتالى تتعاصر هذه العقود فى وجودها ولا تتعاقب فى تحقيقها للغاية الواحدة منها [٢] .

ولمجامع العقود طائفتان : الأولى مجمع عقود ذات تبعية تبادلية Ensemble de contrats intredépendants (الفصل الأول) ، يكون كل عقد فيه على حدة غير كاف بذاته وإنما ضروريا لتحقيق الغاية من المجمع كما يحددها الشخص المحورى فيها [٣] . وقد يكون مجمع العقود ذات التبعية التبادلية غير قابل للإنقسام (المبحث الأول) ، سواء كان مجمعا بسيطا (المطلب الأول) أو مجمعا مركبا (المطلب الثانى) . وقد يكون مجمع العقود ذات التبعية التبادلية قابلا للإنقسام (المبحث الثانى) ، سواء من حيث الزمان (المطلب الأول) أو من حيث المكان (المطلب الثانى) .

أما الطائفة الثانية لمجامع العقود فهى مجمع العقود ذات التبعية المنفردة Ensemble de contrats à dépendance unilatérale (الفصل الثانى) ، يدخل فى تكوينه عقد رئيسى ولا تبرم سائر العقود الأخرى إلا من أجل العقد الرئيسى [٤] . وقد تكون لمجمع العقود ذات التبعية المنفردة هيكلة بسيطة (المبحث الأول) أو هيكلة مركبة (المبحث الثانى) بالنظر إلى إبرام العقود بين ذات الطرفين أو بين عدة أطراف مختلفة .

---

(١) op. cit, p. 92 No182, 183 .

(٢) op. cit, p. 95 No 174, 175, 176.

(٣) op. cit, p. 96 No 176.

(٤) op. cit, p. 96 No 176.

٦١٥ - وعلى ضوء هذا التقديم نستطيع بيان كيف يمكن إعتبار التأجير التمويلى مركب عقود . ولا شك أن TEYSSIE عندما يعتبر التأجير التمويلى نموذجا لمجمع العقود فهو لا يعنى مجرد تلك العلاقة القانونية الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد وإنما ينصب تحليله على عملية التأجير التمويلى برمتها أى التأجير التمويلى بمفهومه الواسع .

ويترتب على ذلك أن TEYSSIE لا يتوقف عند الطبيعة القانونية لكل عقد يدخل فى تكوين المجمع ، فهو لا يتناول تحليلها بل يأخذها كمعطى مما إستقر عليه الفقه الفرنسى فى هذا الشأن . ولذلك نرى وجوب إعفاء نظرية مركب العقود من الإنتقادات التى توجه إلى نظرية الإيجار المالى ، لأن تحليلها لم يكن واردا على الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى بمفهومه الضيق .

وعلى العكس من ذلك يركز تحليل TEYSSIE على إبراز وجه التفاعل بين مختلف العقود الداخلة فى تكوين المجمع ، مما يتعين معه تحديد الغرض من إبرام كل عقد منها فى إطار الغاية العامة من المجمع . وسوف يحتكم تقديرنا لنظرية مركب العقود إلى صحة تحديدها لوجه التفاعل بين مختلف العقود على ضوء دور كل منها فى إطار التأجير التمويلى بمفهومه الواسع [١] .

الفرع الأول

نموذج مركب العقود فى التأجير التمويلى

٦١٦ - ذكرنا أن TEYSSIE يعتبر التأجير التمويلى نموذجا لمجمع العقود ذات تبعية منفردة مركبة الهيكلة.ويتخذ من التأجير التمويلى فى صورته التقليدية سبيلا للدلالة على ذلك .

---

(١) ونقصد بذلك أنه لا شأن لنا بتقييم فكرة مركب العقود من حيث المبدأ ، وكل ما يعنينا فى هذا المقام هو تقدير التطبيق الخاص بالتأجير التمويلى . ومن هنا أتى حرصنا على إيجاز فكرة مركب العقود حتى يكون إدراكنا لها محلا لتقييم القارىء قبل تناول التطبيق الخاص بالتأجير التمويلى على وجه الخصوص .

ويذهب إلى أن تحقق العملية المعنية لا يقتضى إبرام عقود لها ذات الأهمية داخل المجمع . ويكفى إبرام واحد من هذه العقود لتحقيق الجانب الأعظم من الغاية من المجمع ، وبالتالى يعد العقد الأصلى أو العقد الرئيسى فى داخله . ومع ذلك تقترن عقود أخرى بالعقد الأصلى وتعد عقودا مكملة له ، وفى بعض الأحوال لا غنى عن إبرام وتنفيذ تلك العقود لتنفيذ العقد الأصلى . وإذ تقترن هذه العقود بالعقد الأصلى فإنها تكون تابعة له ، سواء كانت تبعيتها له ضرورية أو غير ضرورية [١] .

٦١٧ - وفى لب التأجير التمويلى نجد عقد الإيجار المبرم بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، والذى يقترن به الوعد المنفرد بالبيع . ويقتضى تنفيذ العملية شراء الأصل ، بينما تسمح عقود الوكالة لشركة التأجير التمويلى بأن تتخلص من عناء إختيار الأصل وإستلامه عن طريق تكليف المستفيد بتلك المهام [٢] . ولئن كان TEYSSIE لا يشير صراحة إلى أن دور عقود الوكالة يكمن فى إثارة مسئولية المستفيد إذا لزم الأمر ، إلا أن تعبير « التخلص من عناء الإختيار والإستلام » الذى يستخدمه يوحى بإدراكه الدور المنوط بعقود الوكالة فى إطار التأجير التمويلى .

وتعد عقود الوكالة من العقود التى تبرم بين ذات طرفى العقد الأصلى ، أى شركة التأجير التمويلى والمستفيد [٣] . وهى بذلك عقود تبعية للعقد الأصلى ، مما يترتب عليه إعتبار الإيجار المقترن بالوعد بالبيع سببا لعقود الوكالة دون أن يكون العكس صحيحا ، أى دون أن يجد العقد الأصلى سببه فى عقود الوكالة [٤] .

أما العقود التى تبرم مع شخص أجنبى عن العقد الأصلى فيأتى على رأسها عقد البيع ، الذى تكتسب شركة التأجير التمويلى بموجبه ملكية الأصل . ولا يكتمل تكوين العقد الأصلى ونفاذه إلا بإبرام عقد البيع وتنفيذه [٥] . وإلى جانب عقد البيع

---

(١) TEYSSIE, op. cit, p. 119 No 223.
(٢) op. cit, p. 128 No 247.
(٣) op. cit, p. 129 No 249, 250 .
(٤) op. cit, p. 130 No 252.
(٥) op. cit, p. 130 No 253.

توجد عقود التأمين والكفالة والتى يتم إبرامها تطبيقا لشروط العقد الأصلى [1] .

ونظرا لتعدد العقود التى تبرم بين طرفي العقد الأصلى من جهة وبين شركة التأجير التمويلى والغير من جهة أخرى يكون مجمع العقود الناشيء عن التأجير التمويلى مركب الهيكلة ، ذلك أنه يتفرع عن المجمع مجمعان فرعيان للعقود :

الأول : يتكون من العقد الأصلى والعقود التبعية المبرمة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، أى عقود الوكالة .

الثانى : ويتكون من العقد الأصلى والعقود التبعية المبرمة بين شركة التأجير التمويلى والغير . وينقسم المجمع الفرعى المتقدم بدوره إلى شقين :

(١) ويضم الشق الأول العقد الأصلى والعقد التبعى الضرورى ، أى عقد البيع .

(٢) بينما يضم الشق الثانى العقد الأصلى والعقود التبعية غير الضرورية أى عقود التأمين والكفالة [2] .

٦١٨ – يتضح مما تقدم أن عقد الإيجار المقترن بالوعد المنفرد بالبيع يعد فى مفهوم نظرية مركب العقود محور التأجير التمويلى ، وذلك بوصفه العقد الأصلى فى مجمع العقود . ويكون الشخص المحورى فى هذا المجمع شركة التأجير التمويلى .

وتدور جميع العقود الأخرى بوصفها عقودا تبعية حول العقد الأصلى والشخص المحورى فى المجمع . ويتحدد وجه التفاعل بين مختلف هذه العقود على ضوء إرتباطها بالعقد الأصلى ودور كل منها فى تحقيق الغاية من المجمع . وتتخذ النظرية من عنصر السبب ضابطا لتحديد وجه التفاعل . فجميع العقود التبعية تجد سببها فى العقد الأصلى دون أن يكون العكس صحيحا .

ويذهب TEYSSIE إلى أنه من النادر أن يكون أحد العقود التبعية ضروريا لتنفيذ

---

(١) op. cit, p.130 No 255.

(٢) op. cit, p.131 No 256.

العقد الأصلى . ومع ذلك يضرب التأجير التمويلى مثالا لذلك بعقد البيع ، فهو تبعى ضرورى لتنفيذ العقد الأصلى ويترتب على فسخه إنفساخ العقد الأصلى [1] .

ولئن كان الباحث إتخذ من التأجير التمويلى فى صورته التقليدية سبيلا للدلالة على شمول فكرة مركب العقود فى صورة مجمع العقود للتأجير التمويلى ، إلا أنه لا يصعب تطبيقها على الصور الأخرى للتأجير التمويلى :

ففى حالة شراء الأرض يكون عقد البيع عقدا تبعيا ضروريا يبرم بين شركة التأجير التمويلى والغير . أما إذا تم البناء على أرض مملوكة للمستفيد يكون عقد الإيجار البنائى أو الإيجار الحكرى عقدا تبعيا ضروريا أيضا لكنه مبرم بين ذات طرفى العقد الأصلى . ولكن تجدر الإشارة إلى أنه فى هذه الحالة الأخيرة يقتصر العقد الأصلى على الإيجار إذا ليس هناك مجال لوعد منفرد بالبيع .

ويكون عقد الوكالة أو عقد المقاولة فى شأن تنظيم أعمال البناء عقدا تبعيا بين ذات الطرفين ، أسوة بعقود الوكالة فى إطار التأجير التمويلى فى صورته التقليدية .

أما عقد المقاولة الذى يكون مقاول إنشاء المبانى طرفا فيه ، فلا شك فى إعتباره عقدا تبعيا . وإذا كان الطرف المتعاقد مع المقاول هو المستفيد فى بعض الأحوال وشركة التأجير التمويلى فى بعضها الآخر ، إلا أنه فى كل الأحوال يبرم العقد لحساب الشركة الممولة ، ويؤكد ذلك إعتبارها الشخص المحورى فى مجمع العقود .

ومع ذلك يقتضى منا فرضا تأسيس الشركة المدنية العقارية والتأجير التمويلى اللاحق إبداء بعض الملاحظات :

ففى حالة تأسيس الشركة المدنية العقارية يصبح الشخص المعنوى المتولد عن الشركة محور جميع العلاقات القانونية التى تنشأ بمناسبة التأجير التمويلى العقارى . وتلعب جميع القوالب العقدية ذات الدور الذى تلعبه فى إطار التأجير التمويلى فى صورته التقليدية ، مما يترتب عليه بقاء تصوير نظرية مركب العقود صالحا للتعبير عن

---

(١) op. cit, p.182 No 356.

التأجير التمويلى العقارى فى حالة اللجوء إلى تأسيس الشركة المدنية العقارية . ويجب مع ذلك تفسير إنتقال المحور القانونى من شخص شركة التأجير التمويلى إلى الشخص المعنوى المتولد عن الشركة المدنية العقارية . وحيث أن العملية برمتها لا تبدأ إلا من واقع تأسيس الشركة يمكن إعتبار عقد التأسيس عقدا تبعيا ضروريا . إلا أن العقد الأصلى وعقد تأسيس الشركة يشكلان مجمعا أصليا يتفرع عنه جميع المجامع الفرعية الأخرى ، ويكون طرفا فى العقد الأصلى وفى جميع العقود التبعية -عدا عقد التأسيس - الشخص المعنوى المتولد عن الشركة المدنية العقارية .

وتجدر الإشارة إلى أنه فى حالة تأسيس الشركة المدنية العقارية يصبح العقد الأصلى إيجارا مقترنا بوعد ببيع الحصص المقدمة إلى الشركة وليس وعدا ببيع العقار محل التأجير التمويلى .

أما عن التأجير التمويلى اللاحق فيلاحظ أن قبض ثمن بيع الأصل يمثل غاية أساسية بالنسبة إلى المستفيد ، تتجاوز فى أهميتها هدف الإبقاء على الإنتفاع بالأصل وإمكانية إسترداد ملكيته بموجب عقد الإيجار المقترن بالوعد بالبيع . وبالتالى يصعب إعتبار عقد البيع مجرد عقد تبعى وإن كان ضروريا . وحيث أنه لا يزال هناك مجال لإبرام بعض العقود مع الغير ، مثل عقود التأمين والكفالة ، يبقى مجمع العقود فى فرض التأجير التمويلى اللاحق مركب الهيكلة وليس بسيط الهيكلة والذى كان ليقتضى إختلاف تصوير هذه الصورة الخاصة للتأجير التمويلى فى نظرية مركب العقود [1] .

---

(١) ذكرنا فى مقدمة الحديث عن نظرية مركب العقود أننا لن نأخذ فى الإعتبار عند تقدير النظرية فساد نقطة الإنطلاق عند TEYSSIE والخاصة بتحديد الطبيعة القانونية للعقد الأصلى فى تصويره للتأجير التمويلى . ذلك أنه أخذها كمعطى عما إستقر عليه الفقه الفرنسى الغالب الذى إنتصر لنظرية الإيجار المالى . ومما يبرر للباحث هذا النهج أن تحديد الطبيعة القانونية لذلك العقد لم يكن محلا لدراسته من جهة وتقنين المشرع الفرنسى لنظرية الإيجار المالى عند تعريفه للتأجير التمويلى من جهة أخرى . إلا أن ظاهرة التأجير التمويلى اللاحق تؤكد أن عقد التمويل هو جوهر التأجير التمويلى ، أو هو العقد الأصلى وفقا لتعبير الباحث وما العقود الخاصة بالضمان غير الحيازى ووضعها موضع التنفيذ وتنظيم إنهاء العلاقة العقدية إلا عقود تبعية .

ويلاحظ بمعرض الحديث عن التأجير التمويلى اللاحق أن التأجير من الباطن يعد عقدا تبعيا غير ضرورى يبرمه المستفيد مع الغير . فإن كان له مقتض كنا بصدد تأجير تمويلى مرتد وإلا ظللنا فى إطار الصورة الأصلية للتأجير التمويلى اللاحق .

الفرع الثانى

تقدير نموذج مركب العقود فى التأجير التمويلى

٦١٩ - تتميز نظرية مركب العقود على خلاف نظرية العقد المركب بتغليبها للإعتبار الغائى على إعتبارات الفن القانونى المجرد فى محاولتها لتفسير جوهر التأجير التمويلى . فمضمون نظرية العقد المركب أن جميع الإتفاقات القائمة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد يجمعها عقد واحد هو عقد التأجير التمويلى المركب . ويكون ذلك بغض النظر عن الهدف من عقد هذه الإتفاقات المختلفة من جهة ، وبغض النظر عن العقود الأخرى المبرمة مع الغير ، سواء قامت الشركة الممولة بإبرامها أو كان إبرامها على عاتق المستفيد من جهة أخرى .

أما نظرية مركب العقود فتجعل من كل إتفاق معقود سواء بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد أو بين الشركة والغير عقدا مستقلا قائما بذاته ، وإنما يتفاعل مع غيره من العقود الأخرى تحقيقا للغاية الأساسية من التأجير التمويلى . وبالتالى يتحدد دور كل منها فى إطار تحقيق هذه الغاية ، وكذلك تتحدد أهمية هذا الدور بالنظر إلى إعتبار العقد عقدا أصليا أو عقدا تبعيا ضروريا أو عقدا تبعيا غير ضرورى . ويتم تصوير أوجه التفاعل بين مختلف هذه العقود على ضوء تشكيل مجامع العقود الفرعية الناشئة عن التأجير التمويلى .

٦٢٠ - إلا أنه يلاحظ أن جوهر فكرة مجمع العقود يتمثل فى وحدة الغرض من إبرام مختلف العقود . وترتب على ذلك أن يكون عنصر السبب هو المحدد الأصيل لوجه التفاعل بينها . ولكن بالنظر إلى وجود عقد أصلى وعقود تبعية تتحدد رابطة السببية بين مختلف العقود التبعية بالنظر إلى صلتها بالعقد الأصلى . لذلك

يوصف TEYSSIE مجمع العقود فى هذه الحالة بأنه مجمع للعقود ذات التبعية المنفردة ، حيث تجد العقــود التبعيــة سـببها فى العقــد الأصلى دون أن يكــون العكس صحيحا .

وطالما تحددت رابطة التبعية السببية بين كل عقد تبعى والعقد الأصلى يحدد الباحث نمط العلاقة فيما بين العقود التبعية بعضها البعض . فالأصل أن كل عقد تبعى مستقل وقائم بذاته ، لا يتأثر وجوده أو صحته بوجود أو صحة ما عداه من العقود التبعية الأخرى . ويتفادى الباحث النتائج التى قد تترتب على شمول الغاية الواحدة لجميع عقود المجمع بإرساء المجامع الفرعية ، فتنعزل العقود التبعية فى كل مجمع فرعى عن سائر العقود التبعية فى المجامع الفرعية الأخرى . ومن أجل التوفيق بين الإعتبارين: شمول الغاية الواحدة جميع عقود المجمع من جهة وإنعزال العقود التبعية فى كل مجمع فرعى عن غيرها من العقود التبعية ، يجعل الباحث من العقد الأصلى قاسما مشتركا بين جميع المجامع الفرعية . ولا يتبقى بعد ذلك إلا تحديد نمط رابطة التبعية بين العقد التبعى والعقد الأصلى داخل المجمع الفرعى .

٦٢١ - ويتضح من ذلك أن الدور المنوط بكل عقد تبعى يتحدد فى مفهوم نظرية مركب العقود على ضوء أثره فى تكوين العقد الأصلى أو تنفيذه ومساهمته فى ذلك . وبعبارة أخرى لا مجال للتمييز بين غاية عامة لمجمع العقود ودور كل عقد فيــه ، الأصلى منها والتبعية ، فى تحقيق هذه الغاية العامة . فالغاية العامة تتمثل فى تكوين العقد الأصلى وتنفيذه ، وما العقود التبعية سوى وسيلة تحقيق ذلك .

ويتناقض ذلك مع مفهوم TEYSSIE لمجمع العقود ذات التبعية المنفردة ، إذ يذهب إلى وجود عقد أصلى يساهم فى تحقيق الجانب الأعظم من غاية المجمع وتستكمل العقود التبعية تحقيق هذه الغاية . صحيح أن الباحث يقرر أن العقود التبعية تكون مكملة للعقد الأصلى وأن بعضها يكون ضروريا لتكوينه وتنفيذه وبعضها الآخر غير ضرورى [1] ، إلا أنه لا ينفى إنصهار الغاية العامة من المجمع فى تكوين وتنفيذ العقد الأصلى .

---

(١) op. cit, p.119 No 223.

وتجدر الإشارة إلى أن للتمييز بين الفرضين أهميته ، على الأقل بالنظر إلى الآثار الى يرتبها TEYSSIE على وجود مركب العقود [1] . فالقول بزوال العقد التبعى يؤثر بلا شك فى تحقيق الغاية العامة من المجمع وإن لم يكن له أثر على العقد الأصلى. فمتى تم التمييز بين غاية عامة للمجمع ودور مختلف العقود فى تحقيقها يؤثر كل عقد فيه على تحقيق تلك الغاية ، ويتقرر بالتالى للقاضى إعادة النظر فى العملية برمتها متى زال العقد التبعى وتأثر بذلك تحقيق الغاية العامه لمجمع العقود . أما إذا قيل بأن غايته العامة تكمن فى تكوين وتنفيذ العقد الأصلى ، فلا أثر لزوال العقد التبعى على تحقيق غاية المجمع إلا فى حدود تأثر تكوين العقد الأصلى وتنفيذه بزوال العقد التبعى . وفى خارج هذه الحدود لا يتقرر للقاضى إعادة النظر فى العملية برمتها .

٦٢٢ – والواقع أن هذه الآثار هى تلك التى يرمى الباحث إلى ترتيبها بعينها . ويتضح ذلك جليا من تحديد دور مختلف العقود التبعية فى داخل مجمع التأجير التمويلى .

فهناك عقد تبعى ضرورى واحد هو عقد البيع المبرم بين شركة التأجير التمويلى والبائع . ويصدق TEYSSIE فى إعتباره عقدا تبعيا ضروريا من زوايتين :

الأول : أن عقد البيع لا يتم إبرامه إلا بمناسبة إبرام عقد التأجير التمويلى . بل أن المادة الأولى من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ تشترط صراحة أن يتم شراء الأصل بمناسبة التأجير التمويلى .

الثانية : أن تكوين عقد الإيجار ونفاذه معلقان على شرط واقف هو إبرام عقد البيع وتنفيذه .

ويرتب الباحث على فسخ عقد البيع الذى يجد سببه فى عقد الإيجار إنفساخ هذا الأخير . ولقد رأينا من قبل مدى حرص الطرفين على تقرير الإستقلال الكامل

---

(١) انظر القسم الثانى من مؤلفه المشار إليه .

بين عقدى البيع والتأجير ، وقد وجد ذلك صدى فى القضاء الفرنسى (١) . ونحن من جانبنا نؤيد الباحث فى دعواه ، إلا أنه يجعل من عقد البيع عقدا ضروريا لتنفيذ العقد الأصلى . والصحيح أنه ضرورى لوضعه موضع التنفيذ ترتيبا لآثار الشرط الواقف الذى يعلق عليه كل من تكوين عقد الإيجار ونفاذه . أما إنفساخ عقد التأجير التمويلى نتيجة لفسخ عقد البيع فلا يمكن الإستناد إلى فكرة السبب فى شأنه ، وإنما يكون تطبيقا لنظرية مخاطر العقد حيث يصير تنفيذ التزام شركة التأجير التمويلى بتمكين المستفيد من الإنتفاع بالأصل مستحيلا .

وطبقا لنظرية مركب العقود تجد عقود الوكالة سببها فى العقد الأصلى أى عقد الإيجار المقترن بوعد منفرد بالبيع . ويترتب على ذلك أن زوال العقد الأصلى إذا لم يتحقق الشرط الواقف سابق الإشارة إليه يفضى إلى زوال عقود الوكالة لإنتفاء السبب . ومع ذلك رأينا أن مجال إعمال عقود الوكالة يكون بصفة أساسية عند تعذر وضع عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ ، فيتحمل المستفيد وحده تبعة ذلك إستنادا إلى خطئه فى تنفيذ الوكالة . وبالتالى لا يمكن القول بزوال عقود الوكالة فى حالة زوال العقد الأصلى . بل أن عددا من المحاكم الفرنسية ذهب إلى أنه فى حالة إنفساخ عقد التأجير التمويلى نتيجة لفسخ عقد البيع كان هناك مجال لإثارة مسئولية المستفيد بوصفه وكيلا عن الشركة الممولة (٢) .

أما عقود التأمين والكفالة فليست بعقود تبعية ضرورية ، فلا يؤثر صحتها أو تنفيذها على وجود العقد الأصلى أو صحته . ولكن من شأنها التأثير على حسن تنفيذ

---

(١) Cour d'appel de Paris, 5° chambre A, 14 février 1983, Gazette du Palais, 1981, 1, 281, note BEY

(٢) Cour d'appel de Paris, 5° chambe C, 3 juin 1985, Gazette du Palais, 1981, 1, Sommaires 35. Cour d'appel de Paris, 5° chambre A, arrêts du 13 février 1980, Gazette du Palais, 1980, 1, 351 et du 25 mars 1987, Dalloz 1987, I.R102. Cassation commerciale, 20 janvier 1981, Bulletin Civil, 1981,IV, 31.
وقارن
Cour d'appel de Paris, 5° chambre, 3 janvier 1978, JCP 1979 II 17503, note BEY.

العقد الأصلى بإعتبار أن الإلتزام بإبرام عقود التأمين أو الإلتزام بتقديم الكفيل من الإلتزامات التى تجد مصدرها فى العقد الأصلى . فمتى تحقق الإخلال بهذه الإلتزامات جاز طلب فسخ العقد الأصلى .

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد أن TEYSSIE أدرج عقود التأمين ضمن المجمع الفرعى الذى يضم إلى جانب العقد الأصلى العقود التبعية التى تبرمها شركة التأجير التمويلى مع الغير . إلا أنه من الثابت أن المستفيد هو الذى يبرم مختلف عقود التأمين مع شركات التأمين . وربما الذى حدا بالباحث إلى إدراجها ضمن المجمع الفرعى المشار إليه أن هذه العقود تبرم فى حقيقة الأمر لمصلحة شركة التأجير التمويلى . ويكون لهذه الأخيرة علاقة شخصية ومباشرة بسائر المؤمنين إستنادا إلى الإشتراط لمصلحتها الذى تتضمنه عقود التأمين .

٦٢٣ - ويمكن القول بوجه عام أنه ليس لرابطة التبعية السببية من أثر إلا بالنسبة إلى العقود التى تبرم بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد . أما العقود التى يبرمها أى منهما مع الغير فلا تتأثر بتكوين العقد الأصلى أو تنفيذه أو إنقضائه . فلا أثر لفسخ عقد التأجير التمويلى على عقد البيع أو عقود التأمين إذ لا شأن للبائع أو المؤمن بتنفيذ عقد التأجير التمويلى ، والأصل كما نعلم هو العمل بمبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية .

أما عن الكفالة فمن المقرر تبعيتها للدين المكفول فى وجوده وصحته [1] . وبالتالى يترتب على فسخ عقد التأجير التمويلى إنقضاء التزام المستفيد بدفع أقساط الأجرة ويزول بالتبعية التزام الكفيل بدفعها . ومع ذلك يبقى الكفيل ضامنا للوفاء بالتعويض عن الفسخ المقرر بموجب الشرط الجزائى الوارد بعقد التأجير التمويلى ، ولقد رأينا أن القضاء الفرنسى يعمل هذا الحكم ولو لم يتفق فى عقد الكفالة على ضمان الكفيل الوفاء بالتعويض .

---

(١) RIPERT et BOULANGER, op. cit, Tome 2, No 1871. JESTAZ: Cautionnement, Encyclopédie Dalloz Civil, II, No 13.

ونصل بذلك إلى نتيجة عكسية لتلك التي يقررها رائد نظرية مركب العقود . فعنده أن وجه التفاعل بين مختلف العقود الداخلة فى تشكيل مجمع العقود يتحدد برابطة التبعية السببية على ضوء الدور المنوط بكل عقد تبعى فى علاقته بالعقد الأصلى . والصحيح لدينا أن وجه التفاعل بين مختلف العقود الداخلة فى تشكيل مجمع العقود - بما فيها العقد الأصلى - يتحدد بالدور المنوط بكل منها وبغض النظر عن مدى توافر رابطة تبعية سببية - طبيعية أو إصطناعية - بين ما أطلق عليه TEYSSIE بالعقود التبعية وما وصفه بالعقد الأصلى .

وفى تقديرنا يرجع وجه القصور فى التطبيق الخاص بالتأجير التمويلى عند الباحث إلى تسليمه بمضمون نظرية الإيجار المالى فى تكييف العقد الأصلى . وقد تأثرت فكرته على وجاهتها بتلك المسألة الأولية . وهو ما نحاول تفاديه من جانبنا .

المطلب الثالث

عقد التأجير التمويلي

عقد تمويل بضمان الملكية غير الحيازية

٦٢٤ - يعرض التأجير التمويلى فى العمل الفرنسى بوصفه عملية ثلاثية الأطراف تنقسم إلى عقدين متميزين : عقد التأجير التمويلى من جانب ، وهو ذلك العقد المعبر عن اتفاق شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، وعقد البيع وما قد يقوم مقامه كعقد المقاولة من جانب آخر ، وهو ذلك العقد اللازم لوضع عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ .

ويعد عقد التأجير التمويلى سبب البيع أو المقاولة بالنسبة لطرف عقد التأجير التمويلى الذى يبرمه مع البائع أو المقاول . ويقصر دور سبب العقد فى الحكم على صحته أو بطلانه ، وكل ما يشترطه القانون فى هذا الصدد أن يكون السبب موجودا ومشروعا . لكن فى حقيقة الأمر لا تقف العلاقة بين عقد التأجير التمويلى وعقد

البيع أو المقاولة عند هذا الحد ، إذا لا شك أن للأول تأثيره على المضمون الإتفاقى للآخر كما أن تكوينه ونفاذه يتوقف على إبرام العقد الآخر وتنفيذه . إلا أن جوهر العلاقة بين العقدين يتوقف على مضمون الإتفاق الأساسى أى عقد التأجير التمويلى ، وبالتالى يرتكز عليه تحليلنا للوقوف على طبيعته القانونية ثم نحاول على ضوء ذلك القاء الضوء على وجه التفاعل بين مختلف القوالب العقدية التى يشهدها تنفيذ التأجير التمويلى .

٦٢٥ - ويتطلب منا تحديد الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى تحديد أركانه الموضوعية الخاصة . والركن هو مالا يوجد الشىء إلا به . ولئن وجب توافر الأركان الموضوعية العامة لكل عقد - من رضا ومحل وسبب - فى عقد التأجير التمويلى ، إلا أن ما يعنينا بصدد تحديد طبيعته القانونية هو أركانه الخاصة . والتى على ضوئها يتميز العقد عن سائر العقود الأخرى .

ويمكن القول فى هذا الصدد أن النظريات التى قيلت فى شأن تكييف العقد فى إطار العقود المسماة لم توفق فى الوقوف على أركان عقد التأجير التمويلى الخاصة . أما تلك التى قيلت فى شأن تكييف العقد بوصفه عقدا غير مسمى فإنها لم تعن فى واقع الأمر بإبراز أركان العقد الخاصة ، وإكتفت لعجزها عن رد العقد إلى أحد العقود المسماه بتقرير طبيعته الخاصة أو إقتراح قالب مستحدث لا يتفق مع مقصود الطرفين بل يناقض جوهر إتفاقهما [١] .

٦٢٦ - ويجب عند تحليل طبيعة العقد القانونية تجاوز ما تقضى به أحكام القانون الفرنسى فى هذا الصدد ، وإلا دخلنا فى حلقة مفرغة تحجب الرؤية عن كل حقيقة لأنها لا يشع منها سوى نظرية الإيجار المالى .

---

(١) والإشارة هنا لنظرية الملكية الإقتصادية والتى يرى صاحبها أن جوهر العقد المنشىء للملكية الإقتصادية هو تنظيم ما يرد لكلا الطرفين من حقوق مباشرة على الشىء المملوك فى حين أن العقد عقد التأجير التمويلى يدور فى واقع الأمر حول التزام المستفيد بدفع أقساط الأجرة ، ويزيد من التزاماته تجاه الشىء ويضيق من حقوقه عليه .

وإذ لامسنا من خلال دراسة أحكام عقد التأجير التمويلي الأهداف التى يرمى الطرفان - أو على وجه أدق شركة التأجير التمويلى - إلى تحقيقها ، يمكن على ضوء المقابلة بين الأركان الموضوعية الخاصة للعقد والأهداف التى تسعى الشركة الممولة إلى تحقيقها تفسير اللجوء إلى مختلف القوالب العقدية التى يشهدها تنفيذ التأجير التمويلى . ونشهد فى واقع الأمر إستغلالا لتلك القوالب التى تزخر بها ترسانة النظام اللاتينى من القوالب والنظم والفكر ، من أجل تحقيق المصالح المنشودة . ولا يعنينا فى هذا المقام سوى الدلالة على مثل هذا الإستغلال ، ونحيل القارىء إلى دراسة سابقة لنا فى إبراز طابعه التعسفى وأثره المباشر فى عدم توازن الأداءات فى إتفاق التأجير التمويلى [1] .

وعلى ضوء ما تقدم نقسم هذا المطلب إلى فرعين : نبرز فى الأول الأركان الموضوعية الخاصة لعقد التأجير التمويلى ، بينما نحاول الدلالة على مدى إستغلال قوالب القانون الخاص فى الفرع الثانى .

الفـــرع الأول

الأركان الموضوعية الخاصة لعقد التأجير التمويلى

٦٢٧ - يجب التمييز بين أركان العقد ، أى ما لا يوجد العقد إلا به ، وبين مضمونه الإتفاقى ، أى ما يتفق عليه الطرفان من تحديد للآثار التى يرتبها العقد . فالأركان وحدها هى العنصر المحدد للطبيعة القانونية للعقد ، والتى على ضوئها تتحدد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه .

أما المضمون الإتفاقى للعقد فلا أثر له على الطبيعة القانونية للعقد ، بل على العكس يكون نتيجة لهذه الطبيعة بمعنى أنه لا يتحدد إلا على ضوء القواعد القانونية

(١) انظر رسالتنا للدكتوراه ، سابق الإشارة إليها ، ص ٦٢٠ وما بعدها .

الواجبة التطبيق على العقد [1] .

ومع ذلك إذا لم يكن للمضمون الإتفاقى للعقد أثره فى تحديد طبيعته القانونية فقد يفيد فى إستنتاج الأركان الموضوعية الخاصة للعقد تمهيدا لتحديد طبيعته القانونية . ويكون ذلك أكثر ما يكون فيما يتعلق بالقوالب العقدية المستحدثة ومنها بلاشك التأجير التمويلى [2] .

٦٢٨ - وعلى ضوء دراستنا لأحكام عقد التأجير التمويلى يمكن القول بأن له عناصر رئيسية ثلاثة ، يجب تقدير ما إذا كانت ترقى إلى مرتبة الأركان الموضوعية الخاصة للعقد :

١ - **التمويل** : لاشك أن التأجير التمويلى فى جوهره خدمة تمويلية تقدمها شركة التأجير التمويلي إلى المستفيد . ويرد التمويل على إستثمار محدد للعميل يتمثل فى إقتناء أصل من الأصول ، منقولا كان أو عقارا .

٢ - **إكتساب الملكية على سبيل الضمان** : لا ترضى شركة التأجير التمويلى عن ملكية الأصل الممول بديلا . وهى تكتسب الملكية بمناسبة التمويل وتحتفظ بها طوال مدة سداد المستفيد للأقساط النقدية الواقعة على عاتقه .

ويلاحظ أنه لولا حرص الشركة الممولة على إكتساب ملكية الأصل والإحتفاظ بها على سبيل الضمان لما أقحم الأصل فى دائرة الإتفاق بين الشركة والمستفيد ولأستقل إقتناء المستفيد له عن الخدمة التمويلية المقدمة إليه .

٣ - **إستعمال المستفيد للأصل** : ولقد ترتب على اقحام الأصل فى دائرة الإتفاق من جهة ، وقصر أهميته بالنسبة إلى الشركة الممولة فيما يوفره تملكه من ضمان من جهة أخرى ، أن يتقرر للمستفيد إستعمال الأصل إبتداء أى بمجرد

---

(١) فإذا فرضنا على سبيل المثال أن أركان ثمة عقد تتمثل فى التمكين من الإنتفاع بعين لمدة معينة مقابل أجرة ، تحددت لنا الطبيعة القانونية للعقد بأنه عقد إيجار ، ووجب تطبيق الأحكام الخاصة بعقد الإيجار فى القانون المدنى . وبالتالى تتحدد حقوق والتزامات طرفى العقد على ضوء ما تقضى به الأحكام المشار إليها . ويتحدد سلطان الإرادات الخاصة فى الخروج على أحكام العقد على ضوء طبيعة القواعد المنظمة له ، فيتسع هذا السلطان إذا غلبت الطبيعة المكملة على هذه القواعد ويضيق متى اتسمت بالطبيعة الآمرة . ولكن فى كل الأحوال يتحدد المضمون الإتفاقى للعقد على ضوء أحكام عقد الإيجار .

(٢) والواقع أن القضاء يتبع المنهج ذاته فى شأن العقود المسماة متى كان مسمى الأطراف للعقد غير صحيح . ولا يستشف القاضى ذلك إلا إبتداء من مضمونه الإتفاقى .

منح التمويل .

ولولا تقرير هذا الحق للمستفيد لأنتفت الغاية من الإستثمار ولعزوف المستفيد بالتالى عن البحث عن مصدر لتمويله متمثلا فى خدمات شركة التأجير التمويلى[١] .

٦٢٩ - ويتضح مما تقدم أن للعنصرين الأول والثانى أهميتهما الأساسية فى تحديد جوهر التأجير التمويلى : الخدمة التمويلية من جانب والملكية الضمانية من جانب آخر . أما عنصر إستعمال المستفيد للأصل فهو المحصلة الحتمية لإقتران العنصرين الأوليين ، فلا يرقى إلى ذات مرتبة الأهمية .

وعلى ضوء مجمل الإلتزامات الملقاة على عاتق المستفيد فيما يتعلق بإستعمال الأصل والمحافظة عليه يجعل العقد من يد المستفيد على الأصل يد الحائز لمال ترتب عليه تأمين عينى لمصلحة أحد دائنيه[٢] . وبالتالى يكفى فى هذا الصدد إعتبار الضمان المقرر للشركة الممولة والمتمثل فى حق الملكية ضمانا غير حيازى . فما دام التمويل واردا على إستثمار للمستفيد من جهة وكان الضمان المقرر للشركة الممولة غير حيازى من جهة أخرى ، تبقى حيازة الأصل للمستفيد ويحق له بالتالى إستغلاله مع مراعاة ما يقضى به العقد من وجوب المحافظة عليه من جانب وما يفرضه من قيود على إستغلاله من جانب آخر .

ونخلص من ذلك أن للتأجير التمويلى ركنين : التمويل من جانب وضمان الملكية غير الحيازية من جانب آخر .

٦٣٠ - وحيث أن القوالب العقدية التقليدية لا تعبر عن العقد ذى الركنين المشار إليهما فما من شك فى إعتبار عقد التأجير التمويلى عقدا ذا طبيعة خاصة Sui generis[٣] . فعقد التأجير التمويلى فى جوهره عقد تمويل بضمان الملكية غير الحيازية .

---

(١) فى هذا المعنى : CALON : Crédit - bail immobilier .., op. cit, No 8.

(٢) وقد تجلى ذلك فى الأحكام الخاصة بالتأمين على الأصل . فقد رأينا أن من شأن هذه الأحكام وضع المستفيد فى مركز أشبه بالمدين الراهن فى حالة هلاك المال المرهون .

(٣) ويحق لنا الإشارة إلى أننا لم نكتف ببيان عجز العقود المسماة عن التعبير عن التأجير التمويلى ولكننا أبرزنا الأركان الموضوعية المميزة لعقد التأجير التمويلى عن سائر العقود الأخرى ، لعلنا بذلك نتفادى الإنتقاد الموجه عادة ضد كل نصير لفكرة الطبيعة الخاصة Sui generis .

وأول ما يترتب على تحديد الطبيعة القانونية للعقد على النحو المتقدم هو وجوب إختفاء مسمى « الإيجار » أو مشتقاته من مسمى العقد . فلا وجود للإيجار فى عقد التأجير التمويلى ، لا من حيث أركان العقد ولا من حيث مضمونه الإتفاقى [1] .

ونحن من جانبنا نقترح مسمى « التمويل بضمان الملكية » Financement fiduciaire ، مع إبراز خصائص التمويل من جانب وخاصية الضمان غير الحيازى من جانب آخر عند تعريف العقد [2]

وعلى ذلك يمكن تعريف عقد التمويل بضمان الملكية بأنه ذلك العقد الذى بمقتضاه يمول أحد طرفيه مالا لمصلحة الطرف الآخر ويحتفظ بملكيته دون الحيازة حتى تمام وفاء الطرف الآخر بأقساط أصل التمويل وملحقاته

ونبادر بالقول أن التعريف المتقدم هو تعريف علمى - إن جاز لنا إدعاء ذلك - للتأجير التمويلى ، يتجرد من كل تدخل تشريعى يستهدف من خلال تعريفه للعقد المذكور تحديد نطاق تطبيق النصوص التشريعية الصادرة فى شأنه .

فالتعريف يقتصر على بيان محل التمويل وهو قيمة المال ، لكنه لا يحتم أن يكون ثمن الشراء أو تكلفة البناء محل الإئتمان . فإذا أتى للمشرع التأكيد على وجوب تغطية التمويل ثمن الشراء أو تكلفة البناء يمكنه تعريف عقد التأجير التمويلى بأنه ذلك العقد الذى بمقتضاه يمول أحد طرفيه كامل قيمة مال ... وبالنظر إلى أن موضوع التمويل يتمثل فى إستثمار يزمع المستفيد تحقيقه فإن كامل القيمة يتحدد وفقا لثمن شراء المال أو تكلفة بناء العقار بحسب الأحوال [3]

---

(١) وإذا كان المسمى الفرنسى Crédit - Bail قد إستقر فى النظام القانونى الفرنسى فلا بأس من تفادى هذا الخطأ عند صدور مشروع القانون المصرى فى شأن التأجير التمويلى .

(٢) راجع فى شأن خصائص التمويل تحليلنا للطابع المالى للتأجير التمويلى فى الباب الأول من هذه الدراسة

(٣) ونريد بذلك القول بأنه لا يشترط بالضرورة أن يكون التمويل واردا على كامل قيمة الإستثمار . فإذا قام أحد الأشخاص بتمويل مال مع إحتفاظه بملكيته دون تخلى المستفيد عن حيازته كنا بصدد تأجير التمويلى بصرف النظر عن شمول التمويل كامل قيمة الأصل

كذلك لا يحدد تعريفنا طبيعة المال محل التمويل ، فهو أمر متروك للمشرع إذا ما أتى له قصر النظام التشريعى الخاص بالتأجير التمويلى على أنواع محددة من الإستثمارات هى التى يجوز تمويلها بواسطة التأجير التمويلى . فله أن يقتصره على المنقولات ، المادية أو المعنوية ، وله أن يمده إلى العقارات . وله بوجه عام أن يقصره على تمويل السلع الإستثمارية ، أو على العكس مده إلى السلع الإستهلاكية . وفى نطاق تمويل السلع الإستثمارية قد يمتد نظام التأجير التمويلى إلى كافة صور الأنشطة الإقتصادية ، وقد يقصره المشرع على قطاع محدد من قطاعات النشاط الإقتصادى كالصناعة والخدمات . وفى إطار الخدمات قد يقصر المشرع نظام التأجير التمويلى على الأنشطة التجارية بمفهومها القانونى دون أن يمتد إلى المهن الحرة . وعلى ضوء السياسة التشريعية للدولة يتحدد التعريف التشريعى للتأجير التمويلى فيما يتعلق بطبيعة الأموال محل التمويل . والمثال على ذلك تعريف العقد بأنه ذلك العقد الذى بمقتضاه يمول أمر طرفيه مهمات أو محال تجارية أو حرفية ... أو يمول عقارا مخصصا لأغراض صناعية أو تجارية ...

٦٣١ - ويعبر تعريفنا للتأجير التمويلى عن أهم جوانب المضمون الإتفاقى للعقد ، بل أنه يغنى كثيرا عما يقحمه الأطراف من شروط أو قوالب عقدية فيه :

١ - يكرس التعريف دور ملكية الأصل كوسيلة ضمان ضد مخاطر اعسار المستفيد . ويعد ذلك تقنينا لدور الملكية فى هذا الصدد فلا يخشى منه الإدعاء بالتستر على رهن مغلق يستوجب القول ببطلانه . كذلك لم يعد هناك جدوى من الباس العقد ثوب لا يتلائم معه ، خشية عدم نفاذ الضمان فى مواجهة الغير . بل أنه فى هذا الصدد يستقيم القول بوجوب إشهار عقد التأجير التمويلى ليتقرر نفاذ الضمان فى مواجهة الكافة ، حيث أن الضمان يجد مصدره فى ذلك العقد فيتعين بالتالى شهره .

٢ - أن تحديد دور الملكية كأداة ضمان يفضى إلى حتمية إسترداد المستفيد لملكية الأصل فى نهاية مدة السداد . وتضمن شركة التأجير التمويلى بذلك التخلص من عبء الملكية بعد إستنفاد الغرض منها . ولاحاجة بها إلى إصطناع وعد بالبيع أو

إستغلال أحكام الإلتصاق العقارى أو أحكام تصفية الشركات .

٣ - أن تحديد جوهر العقد بعنصر التمويل يجعل من مدة العقد غير قابلة للإلغاء ، لأنها فى واقع الأمر أجل سداد المستفيد لأصل التمويل وملحقاته [١] . إلا أن العقد بهذا المفهوم عقد فورى وليس عقدا مستمرا كما تصوره نظرية الإيجار المالى .

ويترتب على ذلك أن تصرف المستفيد فى الأصل سواء ببيعه للغير أو بإعمال دعوى رد المبيع فيه أضعاف للضمان المقرر لشركة التأجير التمويلى . ويؤدى ذلك إلى سقوط آجال السداد المقررة للمستفيد . وتستحق الشركة كامل قيمة الأقساط المتبقية حالا دون حاجة إلى إفتعال شرط جزائى .

إلا أن التصوير المتقدم لا يسمح لشركة التأجير التمويلى بالجمع بين الحقوق المالية المقررة لها أو جانب كبير منها وبين الإستئثار المطلق بملكية الأصل . ومع ذلك وإسوة بما يترتب على التنفيذ على المال المرهون من بقاء المديونية بالقدر الذى لم يستوفه الدائن من ناتج بيع المال المرهون ، يجب تقدير قيمة المال السوقية وقت إخلال المستفيد بالتزامه وخصمها من مجموع الأقساط المتبقية عند سقوط آجالها .

٤ - أن تحديد محل العقد بتمويل مال لمصلحة المستفيد يحقق تلك الرابطة السببية بين التمويل والإستثمار الذى يريد المستفيد تحقيقه . وحيث من المقرر أن دور شركة التأجير التمويلى يقتصر على تقديم الخدمة التمويلية فلا شأن لها بالمسائل الفنية المتعلقة بالأصل محل التمويل [٢] .

---

(١) وجدير بالإشارة إلى أنه مع التزام المستفيد برد أصل التمويل وملحقاته من جهة وإنتقال ملكية الأصل إليه بعد تمام السداد من جهة أخرى ، لم يعد هناك مجال لتحديد ثمن لتملك المستفيد للأصل يتحدد بقيمته المحاسبية المتبقية أو بثمن رمزى .

(٢) رأينا من قبل أن من ضوابط قبول التعاقد التى تتبعها شركة التأجير التمويلى ما يتعلق بالإستثمار الذى يريد المستفيد تحقيقه . فمتى تحفظت على الإستثمار تستطيع رفض منح التمويل ، ولكن لا يحق لها أن تفرض على المستفيد نوع الإستثمار وأوصافه وبمجرد قبولها التمويل لا يمكن إعادة النظر فى إختيار المستفيد .

فالأصل أن لا شأن لها بإختيار المال وبائعه أو بانيه ، ولا تتدخل فى تحديد أوصافه الفنية . كذلك لا شأن لها بإستلام المال أو بما قد يعترض إستعمال المستفيد له من عوائق . ويترتب على ذلك أنه لا حاجة بشركة التأجير التمويلى إلى إفتعال عقود وكالة أو عقود مقاولة تربطها بالمستفيد . فالمستفيد وحده هو الذى يتحمل تبعات المسائل الفنية المتعلقة بالأصل محل التمويل ، ولا يكون مسئولا تجاه شركة التأجير التمويلى إلا عن إضعاف الضمان الذى قد ينتج عنها .

ومع ذلك يكون من شأن الأطراف تنظيم كيفية إكتساب الشركة الممولة لملكية الأصل لأغراض الضمان . ويتضح من العمل الفرنسى مدى حرص الشركة على إنتقال الملكية مباشرة من البائع أو المقاول إليها دون أن تمر بذمة المستفيد . وليس ثمة ما يمنع من الإتفاق على تحقيق ذلك . إلا أن الفرض العكسى لا ينفى التزام المستفيد بنقل ملكية الأصل إلى الشركة الممولة دون أن يتخلى عن حيازته . وهو بمثابة الآلية التى يتحقق بها التأجير التمويلى اللاحق .

٥ - أن إستخدام لفظ « التمويل » ـ أى منح الإئتمان النقدى ـ فى تعريفنا لعقد التأجير التمويلى لفى ذاته دلالة على طبيعة العقد الخاصة . ذلك أن محله ، أى النقود ، له وجه تخصيص محدد هو تملك الأصل ، سواء تم الوفاء بالنقود إلى المستفيد ذاته أو إلى مالك الأصل وقت العقد أى البائع أو المقاول . وفى ذلك يتميز التمويل فى التأجير التمويلى عن القرض : ففى القرض لا أهمية لوجه تخصيص المال المقرض ويقتصر على كونه سببا للقرض تتحدد به مشروعيته ، فضلا عن وجوب نقل ملكية المال المقرض من المقرض إلى المقترض وهو ما لا يتحقق بالضرورة فى إطار التأجير التمويلى .

ومن جانب آخر لا يقتضى القرض أن يتم رده على أقساط دورية وإن كان من الجائز الإتفاق على ذلك (١) . أما فى التأجير التمويلى فيكون التقسيط عنصرا رئيسيا فيه . وهو أقل ما يمكن إستخلاصه من تصوير العقد فى القوانين المقارنة بأنه عقد إيجار

---

(١) BETANT - ROBET : Prêt , op. cit, No 326 .

يتم فيه سداد الأجرة بصفة دورية . ولذلك جعلنا من الوفاء بأقساط أصل التمويل وملحقاته عنصرا من عناصر تعريفنا للتأجير التمويلى .

٦٣٢ - ويبقى أمامنا أن نشير إلى ما قد يترتب على تكييف عقد التأجير التمويلى بأنه عقد ذو طبيعة خاصة من آثار تشريعية :

فمن جهة أولى لم يعد هناك مجال لإعتبار العقد من عقود الأمانة المنصوص عليها فى المادة ٤٠٨ من تقنين العقوبات الفرنسى ، وذلك على خلاف ما يفضى إليه تكييف العقد بأنه عقد إيجار .

ومن جهة ثانية فإنه قد يترتب على تقنين دور الملكية كأداة ضمان إعادة النظر فى تقرير حق خصم مخصصات الإهلاك من الوعاء الضريبى لشركة التأجير التمويلى. ذلك أنه لم يعد هناك مجال للإعتداد بأى إهلاك صناعى أو ضريبى تجريه للأصل إكتفاء بالإهلاك المالى الذى يتسق فى واقع الأمر مع الطبيعة المالية للعقد (١) .

ومن جهة ثالثة وأخيرة لا يكون هناك مجال لسريان بعض القواعد القانونية الخاصة على عقد التأجير التمويلى ، مثل القانون رقم ٦٦ - ١٠١٠ بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٦٦ الخاص بالفوائد الربوية واللائحة رقم ٥٣ - ٩٦٠ بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ الخاصة بالملكية التجارية . فالأول لا يسرى إلا على عقود القرض وعقود البيع بالتقسيط ، بينما لا تسرى الثانية إلا على عقود إيجار المبانى المخصصة لأغراض النشاط التجارى . وإذ يعتبر عقد التأجير التمويلى عقدا ذا طبيعة خاصة ، فلا هو بالقرض أو البيع بالتقسيط أو الإيجار .

ومع ذلك يلاحظ أن ترتيب الآثار المشار إليها من شأن المشرع الفرنسى . فله إضافة عقد التأجير التمويلى إلى عقود الأمانة المنصوص عليها فى المادة ٤٠٨ من تقنين العقوبات ، أو سن عقوبة خاصة فى حالة تصرف المستفيد فى الأصل قبل إكتمال سداد الأقساط . أما عن مزايا الإهلاك الضريبى فطبقا للقواعد الضريبية العامة تتقرر هذه المزايا لمن يكتسب وصف المالك ، وبالتالى يمكن للمشرع الفرنسى

---

(١) وبذلك تفقد شركات التأجير التمويلى واحدة من أهم المزايا المالية التى يقررها التأجير التمويلى تتمثل فى الإفادة بإختلاف معدل الإهلاك الضريبى عن معدل الإهلاك المالى .

السماح لشركات التأجير التمويلى بالتمتع بتلك المزايا بعدم تدخله فى هذه الشأن ، على خلاف ما نص عليه فى شأن بيع المنقولات المادية مع الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان [١] . وأخيرا نشير إلى أن المشرع الفرنسى لم يعن حتى يومنا هذا بخضوع عقد التأجير التمويلى للقانون الخاص بالفوائد الربوية ، كذلك عمل القضاء الفرنسى على عدم سريان أحكام اللائحة الخاصة بالملكية التجارية على عقود التأجير التمويلى العقارى . ويسير موقفنا من الطبيعة القانونية للعقد فى ذات الإتجاه ، مخففا من عناء الشرع والقضاء الفرنسيين فى هذا الصدد . ومع ذلك إذا كانت النتيجة المتقدمة صحيحة من حيث القانون فلاشك فى قسوتها من حيث العدالة [٢] .

الفـــرع الثـــانى

إستغلال قوالب القانون الخاص فى بلوغ الغاية من الإتفاق

٦٣٣ - للدلالة على مدى إستغلال قوالب القانون الخاص فى بلوغ الغاية من الإتفاق فى إطار التأجير التمويلى يتعين علينا أولا أن نبلور الدور المنوط بكل قالب عقدى يشهده التأجير التمويلى فى تنفيذه . ثم نحاول تفسير وجه التفاعل بين مختلف هذه القوالب العقدية على ضوء الغاية من الإتفاق .

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن شركة التأجير التمويلى هى الطرف المهيمن على الإتفاق ، وتحدد على ضوء مصالحها وحدها المضمون الإتفاقى للعقد [٣] . ويترتب

---

(١) ذلك أن المشرع عندما تدخل عام ١٩٨٠ ليجعل الملكية التى إحتفظ بها البائع على سبيل الضمان نافذة فى مواجهة دائنى المشترى المفلس نص على أن ميزة خصم مخصصات الإهلاك تتقرر للمشترى . انظر : ZAMPOU, op. cit, p. 45.

(٢) راجع رسالتنا للدكتوراه ، سابق الإشارة إليها ، ص ٦٣٩ وما بعدها .

(٣) والعقد بهذا المفهوم من قبيل عقود الاذعان . انظر فى هذا المعنى :
CROIZAT, op. cit, p. 121. CAPORALE, op. cit, p. 11.
وقارن : BEY : De le symbiotique .. , op. cit, p. 38 .

على ذلك أن الدور المنوط بكل قالب عقدى لا يتحدد إلا على ضوء الغاية التى ترمى شركة التأجير التمويلى إلى تحقيقها بالنظر إلى مصالحها وحدها . ومن هنا يتأتى القول بأنها فى واقع الأمر تستغل القوالب العقدية التى تتيحها ترسانة النظام القانونى الفرنسية من القوالب والنظم فى سبيل تحقيق مصالحها .

أولا : دور القوالب العقدية فى إطار التأجير التمويلى :

٦٣٤ – إذا توقفنا عند هذا البنيان الإرادى للتأجير التمويلى كما يشهده العمل فى فرنسا فإننا نستطيع إستخلاص ثلاث مجموعات من القوالب العقدية فيه : المجموعة الأولى تمثل فى نظر العاقدين إتفاقهما الرئيسى، وتشمل قالبين : الإيجار والوعد بالبيع. أما المجموعة الثانية فهى تتكون من العقود اللازمة لوضع الإتفاق الرئيسى موضع التنفيذ ، وتشمل عقد البيع وعقد الإيجار البنائى أو الإيجار الحكرى وعقد المقاولة المبرم مع مقاول إنشاء المبانى وأخيرا عقد تأسيس الشركة المدنية العقارية . أما المجموعة الثالثة من القوالب فتشمل تلك العقود التى من شأنها تنظيم تبعة المخاطر الناجمة عن عملية التأجير التمويلى ، وهى عقود الوكالة وعقد المقاولة أو الوكالة المبرم بين الطرفين فى إطار الإتفاق التمهيدى الخاص بأعمال البناء وعقود التأمين وأخيرا عقد الكفالة .

أ) **الإتفاق الرئيسى** : ويشمل كما ذكرنا الإيجار والوعد بالبيع .

٦٣٥ – (١) **الإيجار** : وهو القاسم المشترك بين جميع صور التأجير التمويلى كما يشهدها العمل فى فرنسا واللبنة الرئيسية فى البنيان الإرادى للتأجير التمويلى . وهو سبيل شركة التأجير التمويلى إلى الإحتفاظ بملكية الأصل طوال مدة السداد ، ويقرر لها عدة مزايا من زوايا القانون المدنى وقانون الإفلاس والقانون الجنائى والقانون المالى . ومع ذلك لا تلتزم الشركة بأى من الإلتزامات التى يرتبها القانون على عاتق كل مؤجر [١] .

---

(١) BAKOUKA, op. cit, p. 93.

٦٣٦ - (٢) الوعد بالبيع - حده في صور التأجير التمويلي التي لا تضمن فيها الشركة الممولة إنتقال ملكية الأصل إلى المستفيد في نهاية مدة العقد في ظروف آمنة وهو سبيل الشركة إلى التخلص من ملكية الأصل بعد إستنفاد الغرض منها[1] ويلاحظ في شأنه أن الشركة تجعل من الوعد وهو في الأصل عمل يمهد لإبرام عقد آخر سبيلا لإنهاء عقد التأجير التمويلي ، وهو وعد منفرد بإرادة الطرفين كي لا يعاد النظر في تكييف العقد برمته

ب) **العقود اللازمة لتنفيذ الإتفاق الرئيسي** وهذه هي عقد البيع وعقد الإيجار البنائي أو الإيجار الحكري ، عقد المقاولة المبرم مع مقاول إنشاء المباني وعقد تأسيس الشركة المدنية العقارية

٦٣٧ - (١) **عقد البيع** ؛ وهو سبيل شركة التأجير التمويلي إلى إكتساب ملكية الأصل ، وتتولى إبرامه مع البائع كي يصير المستفيد أجنبيا عنه ونهيمن بالتالي على كل رجوع له على البائع إلا أن الشركة لا تنوى التمتع بأي من الحقوق الشخصية المقررة للمشتري فلا هي تتسلم المبيع ولا يعنيها ما قد يعترض إستعماله من عوائق وإنما يكون ذلك من شأن المستفيد[2]

٦٣٨ (٢) **عقد الإيجار البنائي أو الإيجار الحكري** هو سبيل الشركة الممولة إلى تملك المباني بعد أن يتقرر لها حق عيني على الأرض المملوكة للمستفيد وهو يضمن لها إنتقال ملكية المباني إلى المستفيد عند إنقضائه . فضلا عن المزايا الضريبية المرتبطة بإنتقال الملكية تطبيقا لأحكام الإلتصاق العقاري[3]

٦٣٩ - (٣) **عقد المقاولة المبرم مع مقاول إنشاء المباني** هو سبيل شركة التأجير التمويلي إلى إكتساب ملكية المباني مباشرة من المقاول دون أن تمر بذمة

---

(١) GOYET. op cit. p 72 No 131

(٢) CREMIEUX ISRAEL. op cit. p ..

(٣) BEY Jurisclasseur Banque et Crédit op. cit. Fasc 651 No 85

المستفيد [1] . ولا يحول دون ذلك إبرام المستفيد لعقد المقاولة بإسمه الشخصى لأنه لا يبرم هذا العقد إلا لحساب الشركة الممولة .

٦٤٠ - (٤) **عقد تأسيس الشركة المدنية العقارية** : وهو كما ذكرنا مرارا سبيل الشركة الممولة إلى تنفيذ إحدى عمليات التأجير التمويلى العقارى فى ظروف ضريبية ملائمة [2] .

جـ) **العقود المنظمة لتبعة مخاطر التأجير التمويلى** : وهى عقود الوكالة وعقد المقاولة أو الوكالة فى إطار الإتفاق التمهيدى وعقود التأمين وعقد الكفالة .

٦٤١ - (١) **عقود الوكالة** : وهى سبيل شركة التأجير التمويلى إلى إثارة مسئولية المستفيد عن الأضرار التى تلحق بها بسبب تعذر إبرام أو تنفيذ عقد البيع ، وذلك سواء تعلق الأمر بالوكالة الأصلية [3] أو بالوكالة التبعية [4] أو بالوكالة الإدارية [5] .

٦٤٢ - (٢) **عقد المقاولة أو الوكالة فى إطار الإتفاق التمهيدى** : وهو أيضا سبيل شركة التأجير التمويلى إلى إثارة مسئولية المستفيد عن الأضرار التى تلحق بها بسبب بناء العقار ، فسواء كان المستفيد مقاولا فى علاقته بالشركة أو وكيلا عنها فى الإشراف على إعمال البناء التى تتم لحسابها فإنه يكون مسئولا فى مواجهتها عن الأضرار المشار إليها [6] .

٦٤٣ - (٣) **عقود التأمين** : من خلال دراستنا لأحكام عقد التأجير التمويلى رأينا أن الشركة الممولة تفترض على المستفيد التزاما بإبرام ثلاث صور من

---

(١) OUERDRAOGO , op. cit, p. 215.

(٢) OUERDRAOGO , op. cit, p.334.

(٣) VASSEUR : Observations sous Cassation commerciale, 11 mai 1981, Dalloz 1982, Sommaires 195.

(٤) BEY : De le symbiotique.., op. cit, p. 100 .

(٥) CABRILLAC, op. cit, No 81.

(٦) BALME, op. cit, No 172.

عقود التأمين :

(أ) **التأمين على الأصل** : وهو سبيل الشركة الممولة إلى مواجهة مخاطر هلاك الأصل [١] . ويبين من وجه تخصيص مبلغ التعويض مدى التقريب بين مركز المستفيد ومركز المدين الراهن رهنا رسميا أى غير حيازى . ويتحمل المستفيد أعباء التأمين المالية ومخاطر عدم تغطية وثيقة التأمين لسبب الهلاك .

(ب) **التأمين من المسئولية** : وهو سبيل الشركة الممولة إلى مواجهة خطر رجوع الغير عليها أو على المستفيد بالمسئولية بسبب إستعمال الأصل . ويتحمل المستفيد أعباء التأمين المالية ومخاطر عدم تغطية الوثيقة لمسئولية الشركة [٢] .

(جـ) **التأمين على الحياة** : وهو ضمان إضافى يتقرر لشركة التأجير التمويلى ضد خطر عدم إستيفاء حقوقها المالية الناشئة عن العقد بسبب وفاة المستفيد الفرد [٣] .

٦٤٤ - (٤) **عقد الكفالة** : وهو ضمان إضافى إلى جانب ضمانات الوفاء بالأجرة الأخرى التى تتقرر للشركة الممولة ، حيث أنها تلزم المستفيد بتقديم كفيل متضامن معه فى سداد أقساط الأجرة [٤] .

٦٤٥ - ويتضح مما تقدم أن لكل قالب من القوالب العقدية التى يشهدها التأجير التمويلى دوره الخاص فى تحقيق جانب من العملية أو تحقيق هدف من الأهداف التى ترمى الشركة الممولة إلى تحقيقها .

وإذا كان بعض من هذه العقود يبرم بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد وبعضها الآخر يتم إبرامها مع الغير فإنه لا وجه للتمييز بين هاتين الطائفتين على ضوء

---

(١) CABRILLAC, op. cit, No 70.

(٢) CABRILLAC, op. cit, p. 145. PACE : Pratique.., op. cit, P.C9.

(٣) BEY et GAVALDA: Le crédit - bail mobilier, op. cit, p. 76. GAUDRION, op. cit, p. 176.

(٤) CREMIEUX - ISRAEL, op. cit, p. 31.

تدخل طرف أجنبى عن عقد التأجير التمويلى . ويكفى فى هذا الصدد الإشارة إلى ضرورة تدخل الغير لوضع عقد التأجير التمويلى موضع التنفيذ ، كل بحسب الدور المنوط به فى تحقيق عملية التأجير التمويلى . .

كذلك نشير إلى أنه على على ضوء الدور المنوط بالعقود المشمولة بالمجموعة الثالثة - وهو تنظيم تبعة مخاطر التأجير التمويلى - فلا عجب من تضمينها أو النص على وجوب إبرامها فى العقد المنشىء لحقوق والتزامات الطرفين ذاته . ولئن تحقق تنظيم تبعة المخاطر من خلال قوالب عقدية فلا يرقى ذلك بالعقد المبرم بين الطرفين إلى مرتبة العقد المركب .

ثانيا : التفاعل بين القوالب العقدية فى إطار التأجير التمويلى :

٦٤٦ - من الثابت أن الصورة الخاصة بالتأجير التمويلى للمنقولات كانت بمثابة الأساس للبنيان الإرادى للتأجير التمويلى بوجه عام [١] . فقد تم إرساء هذا البنيان بمناسبة عقود التأجير التمويلى للمنقولات ، ثم تم مده إلى صور التأجير التمويلى الأخرى مع أخذ خصائصها المميزة فى الإعتبار .

وبالتالى سوف يرتكز تحليلنا للدلالة على وجه التفاعل بين القوالب العقدية على التأجير التمويلى للمنقولات .

وفيه تعد شركة التأجير التمويلى الطرف المحورى للعملية التى تنفصم إلى عقدين متميزين : عقد التأجير التمويلى من جهة وعقد البيع من جهة أخرى . وتلعب سائر القوالب العقدية الأخرى دورها فى القاء تبعة مخاطر العملية على عاتق المستفيد .

ولا تقبل شركة التأجير التمويلى منح إئتمانها إلا إذا كانت على ثقة من

---

(١) نذكر القارىء بأن أولى العقود التى أبرمت فى فرنسا كانت عقود التأجير التمويلى للمنقولات بواسطة شركة SEPAFITEC ، وهى تلك الشركة التى أسسها بنك الهند الصينية عام ١٩٥٧ لتجربة التأجير التمويلى فى فرنسا . وقد خلفتها بعد ذلك شركة LOCAFRANCE عام ١٩٦٢ .

إكتساب ملكية الأصل والإحتفاظ بها كضمان ضد مخاطر اعسار المستفيد . ونظرا لدورها التمويلى البحت يكون على عاتق المستفيد إتخاذ كافة الأعمال والإجراءات اللازمة لتحقيق الإستثمار الذى ينشده . ولأن الشركة الممولة تسعى إلى التخلص من الملكية بعد إستنفاد الغرض منها تعرض على المستفيد إنتقالها إليه فى نهاية مدة العقد . إلا أنها تكتفى بأن تعد المستفيد بذلك لتأكيد أكبر قدر من الفعالية للضمان الذى تحتفظ به [١] .

٦٤٧ – ويتضح من ذلك أن تضمين الإتفاق مختلف القوالب العقدية التى يشهدها يهدف إلى قصر دور شركةالتأجير التمويلى فى تقديم الخدمة التمويلية مع توفير أقصى الحماية لمصالحها المالية ضد مختلف المخاطر التى قد تهددها .

ومن منظور المستفيد يمثل التأجير التمويلى وسيلة تمويل إستثمار محدد له . ومع ذلك يتخلى عن ملكية الأصل محل التمويل لإعتبارات الأمان المالى لشركة التأجير التمويلى . وفضلا عن ذلك تزداد الأعباء الملقاة على عاتقه ويتسع نطاق المخاطر التى يتحمل تبعاتها وحده . ويكون كل ذلك بغرض مزيد من الحماية لمصالح شركة التأجير التمويلى .

وبالرغم من الربط الفعلى بين الإستثمار المنشود وتمويله لا يسمح البنيان الإرادى للتأجير التمويلى بتوفير مزايا « الإئتمان – المرتبط » Crédit - lié بفرض الإقرار به [٢] . وتتمثل هذه المزايا فى الإقرار بالإرتباط السببى بين العقد الذى يتحقق

---

(١) ولذلك لا تكون الشركة فى حاجة إلى الوعد بنقل الملكية إذا كان إنتقال الملكية بقوة القانون لا يمس فعالية الضمان الذى تحتفظ به ، وهو حال البناء على أرض مملوكة للمستفيد . ومما يؤكد أن الغاية ذاتها تستهدفها الشركة الممولة فى كل صور التأجير التمويلى ذلك الوعد بالتنازل عن الحصص التى تملكها فى الشركة المدنية العقارية إلى المستفيد . هنا إختلف مضمون الوعد عن ذلك الذى يتضمنه عقد التأجير التمويلى للمنقولات ، ومع ذلك يكون الهدف منه واحدا : إنتقال ملكية الأصل إلى المستفيد .

(٢) ولقد إستعرنا إصطلاح القرض المرتبط من فكرة « القرض – المرتبط » Prêt - lié التى أرساها القانون رقم ٧٨ – ٢٢ بتاريخ ١٠ يناير ١٩٧٨ الخاص بإعلام وحماية المستهلكين فى مجال بعض عمليات الإئتمان . وقد أقام المشرع فى هذا القانون ربطا عضويا بين عقدى القرض والبيع متى تم =

الإستثمار بموجبه - أى عقد البيع - والعقد الذى يتم بواسطته تمويل هذا الإستثمار - أى عقد التأجير التمويلى - مما يترتب عليه إرتباط أى من العقدين بالآخر وجودا أو عدما ، سواء إبتداء أو بقاء . وبعبارة أخرى يكون كل عقد منهما معلقا على إبرام العقد الآخر ، كما يترتب على فسخ أيهما إنفساخ العقد الآخر [١] .

فالأصل فى البنيان الإرادى للتأجير التمويلى هو الإستقلال التام بين عقد التأجير التمويلى وعقد البيع . ثم يتولى الإتفاق تحديد نمط الإرتباط بينهما وفقا لما تقضى به مصالح الشركة الممولة . فلا حاجة بها إلى تعليق تكوين عقد البيع على إبرام عقد التأجير التمويلى لأنها فى واقع الأمر لا تبرم عقد البيع إلا فى أعقاب قبولها التمويل وإبرام عقد التأجير التمويلى . أما عقد التأجير التمويلى فيكون معلقا على شرط إبرام عقد البيع ، وذلك لضمان زوال كل التزام كان يرتبه العقد الأول على عاتقها دون أن يحول ذلك دون إثارة مسئولية المستفيد .

كذلك ينبىء الإتفاق عن الحرص على عدم المساس بعقد التأجير التمويلى فى حالة فسخ عقد البيع حتى يمكن للشركةالممولة إستيفاء حقوقها المالية بالرغم من إنقطاع إستعمال المستفيد للأصل . ويثور التساؤل حول ما إذا كان إنفساخ عقد البيع نتيجة لفسخ عقد التأجير التمويلى محققا لمصالح الشركة الممولة : فإنفساخ عقد البيع يسمح لها بالتخلص من ملكية الأصل وإسترداد أصل التمويل المتمثل فى ثمن الشراء. ومع ذلك تتعرض الشركة الممولة لخطر مطالبتها برد أقساط الأجرة التى تكون قد قبضتها من المستفيد إكتفاء بإسترداد أصل التمويل وإقتضاء التعويض المنصوص عليه فى

= إبرام عقد القرض لدفع ثمن المبيع :

CALAIS - AULOY Marie - Thérèse : Fondement du lien Juridique unissant vente et prêt dans le prêt - lié, JCP 1984 I 3144.

(١) وهو ما يقرره المشرع الفرنسى فى شأن القرض - المرتبط . لكن يلاحظ أن المشترى هو الطرف المحورى فى القرض المرتبط بوصفه طرفا فى كل من عقد البيع وعقد القرض (CALAIS - AULOY, op. cit, No 17 .) . أما فى التأجير التمويلى تصبح الشركة الممولة الطرف المحورى من الوجهة القانونية . ومن شأن ذلك التأكيد على وجه الإرتباط بين العقدين .

الشرط الجزائى . وبذلك تتحمل شركة التأجير التمويلى فى واقع الأمر خطر اعسار البائع إلى جانب خطر اعسار المستفيد . ويضاف إلى ذلك أن إنفساخ عقد البيع لا يكون من مصلحة البائع ذاته .

ويتأكد لنا حرص شركة التأجير التمويلى على إنتفاء كل أثر فاسخ لأى من العقدين بسبب فسخ الآخر من خلال امكانية عقد نوعين من الشروط والإتفاقات :

الأول : هو إشتراط الشركة ضمان المستفيد وفاء البائع فى حالة فسخ عقد البيع. وهو ما يؤكد بقاء عقد التأجير التمويلى قائما بما تضمنه من شروط بالرغم من فسخ عقد البيع .

الثانى : هو الإتفاقات الخاصة بمساهمة البائع فى التصرف فى الأصل الذى تسترده الشركة الممولة فى حالة فسخ عقد التأجير التمويلى . وهو ما يؤكد بقاء عقد البيع قائما بما يشمله من إتفاقات بالرغم من فسخ عقد التأجير التمويلى .

٦٤٨ - ويسوقنا ذلك إلى إبراز عنصر طالما ظل خفيا عند تحليل ظاهرة التأجير التمويلى ، ويتمثل فى مصلحة البائع فى أن يندرج البيع تحت لواء عملية التأجير التمويلى . ذلك أن تدخل شركات التأجير التمويلى بالتمويل بوجه عام يسمح للبائعين بمواجهة العجز النسبى للطلب على السالع الإستثمارية المعمرة ، دون أن يضطروا إلى مواجهة مخاطر اعسار المشترين عند البيع بالأجل أو بالتقسيط ، بل على العكس يرتبط تعاقديا بشخص لاغبار على ملاءته كما يحصل منه على كامل ثمن المبيع معجلا ولا ينتظر حلول آجال الأقساط . ويتوسع بالتالى فى حجم أعماله بشراء سلع جديدة لأجل بيعها فيزداد حجم مبيعاته ويتعاظم ربحه (١) .

لاشك اذن فى أن تدخل شركة التأجير التمويلى يمثل ميزة كبرى بالنسبة إلى

---

(١) انظر فى ذلك :

CAUSSIN, op. cit, p. 29. CNCF, op. cit, p. 4. PACE: Pratiques, op. cit , P.L6. BEY et GAVALDA : Le crédit - bail mobilier, op. cit, p. 80.

البائع . وإذا نظرنا إلى عملية التأجير التمويلى من منظور البائع لتكشفت جوانب عديدة لوجه التفاعل بين القوالب العقدية التى تشهدها .

فمن الوجهة القانونية يشبه التأجير التمويلى بالنسبة إلى البائع عملية خصم كان ليجريها عقب تعاقده على البيع مع المستفيد [١] . وجدير بالإشارة إلى أننا نريد بهذا التشبيه القاء الضوء على وجه التفاعل بين القوالب العقدية التى يشهدها التأجير التمويلى للمنقولات ، دون أى إدعاء من جانبنا بجواز تكييفه بأنه عملية خصم .

لنفرض إذن أن البائع يواجه طلبا للمشترى الذى يعجز عن سداد كامل ثمن المبيع معجلا ، فيضطر إلى بيعه بالتقسيط مع إحتفاظه بملكية المبيع على سبيل الضمان والحصول من المشترى على عدد من السندات الاذنية بعدد الأقساط التى يتعين عليه دفعها .

ثم يتوجه البائع إلى إحدى مؤسسات الإئتمان يطالبها بخصم السندات الاذنية ، مما يقتضى نقل الضمانات المقررة للوفاء بها فينقل البائع ملكية المبيع إلى مؤسسة الإئتمان التى قبلت الخصم . وجدير بالذكر فى هذا الصدد أنه يتعين على البائع بحسب الأصل الوفاء بمقابل الخصم وضمان وفاء المشترى بالدين الثابت فى السندات الاذنية .

وأيا كان الجدل حول طبيعة رجوع مؤسسة الإئتمان التى قامت بخصم السندات الاذنية على محررها [٢] ، من المقرر أن لها حقا شخصيا ومباشرا فى إستيفاء قيمة السندات من المشترى . ومتى قام المشترى بسداد كامل أقساط الثمن لم يعد لضمان الملكية جدوى ، لا بالنسبة للبائع ولا بالنسبة لمؤسسة الإئتمان التى تقوم بنقل

---

(١) حول عملية خصم الأوراق التجارية بوجه عام انظر :
GAVALDA et STOUFFLET : Droit de la banque, op. cit, No 651 et s. RIPERT et ROBLOT, op. cit, Tome 2, No 2390 et s.

(٢) انظر فى مختلف النظريات التى قيلت فى هذا الشأن :
RIVES - LANGE et CONTAMINE - RAYNAUD : Droit bancaire, Précis Dalloz, 4° édition 1986, Paris, p. 507 No 384.

الملكية إلى المشترى .

ويتضح من ذلك أن دور مؤسسة الإئتمان يقتصر على تقديم الخدمة التمويلية ، بينما تظل جميع المسائل الفنية المتعلقة بالمبيع من شأن علاقة البائع والمشترى الناشئة عن عقد البيع .

ومع ذلك نجد أن البائع فى التصوير المتقدم للتأجير التمويلى يستوفى كامل ثمن المبيع معجلا من الشركة الممولة ، دون أن يلتزما بأداء مقابل الخصم لأن فى واقع الأمر لم تقدم الشركة خدمتها المالية إلى البائع وإنما قدمتها إلى المستفيد ، فيكون هذا الأخير وحده ملزما بتحمل الأعباء المالية الناشئة عن التمويل .

كذلك لا يضمن البائع وفاء المستفيد للأقساط . إلا أن البائع قد يتعهد بالمساهمة فى التصرف فى المنقول عند إسترداد الشركة له على اثر فسخ عقد التأجير التمويلى ، مما يمثل ضمانا فعالا ضد مخاطر إعسار المستفيد وقيام الحاجة إلى تسويق المنقول . ويؤكد قبول البائع لمثل هذه الإتفاقات المزايا التى يوفرها له التأجير التمويلى . ولئن كان القول بأن الشركة تقدم خدمة تمويلية له غير جائز من الوجهة القانونية ، إلا أنها تقدم له بلاشك ميزة تمويلية لا يتحمل عنها البائع أى عبء مالى .

ويضاف إلى ذلك أن تعلق البيع بمصالح شركة التأجير التمويلى يوقى البائع من أكثر صور المخاطر التى قد يتعرض لها ، ألا وهى طلب فسخ عقد البيع أو إعمال دعوى رد المبيع .

٦٤٩ – ونخلص من ذلك كله أن ما التأجير التمويلى فى ظل العمل الفرنسى إلا إستغلال من جانب الشركة الممولة للقوالب العقدية فى النظام القانونى . وتتفاعل هذه القوالب على ضوء إعتبار وحيد : مدى تعبيرها عن مصالح الشركة الممولة وحمايتها . ويجد البائع أيضا حماية فعاله لمصالحه فى إطار ذلك البنيان الإرادى للتأجير التمويلى . أما المستفيد فهو ذلك الشخص الذى يتحمل وحده كل الأعباء الناشئة عن التمويل رغم المزايا الأكيدة التى يحققها للبائع ، كما تقع على عاتقه جميع تبعات

المخاطر الناشئة عنه وإن أدى الأمر إلى حرمانه من بعض حقوقه إزاء البائع .

وبذلك يمكن تفسير عدم ترتيب مختلف القوالب العقدية لجميع آثارها ، إذ لا تستقى الشركة الممولة من كل قالب سوى ذلك الجانب من الآثار الذى يحقق مصالحها ويوفر لها الحماية التى تنشدها لتلك المصالح . فعلى سبيل المثال لا يرتب عقد الإيجار آثاره المتعلقة بالتزامات المؤجر ، ولا تعمل الشركة الحقوق الشخصية الناشئة عن عقد البيع ، كذلك يتمحض التزام المستفيد الناشيء عن الوكالة الأصلية فى شق المسئولية دون المديونية ، ولا تدفع الشركة أجرة الإيجار البنائى أو الحكرى للأرض المملوكة للمستفيد .

٦٥٠ - فى ختام الحديث عن الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى نقرر أن هناك تناقضا بين تكييف العقد وبين البنيان الإرادى لعملية التأجير التمويلى كما صاغته الشركات العاملة فى هذا المجال .

فالتأجير التمويلى ظاهرة إقتصادية حديثة نسبيا ، فلا غرابة فى عجز القوالب العقدية التقليدية عن التعبير عنه . وهو عقد ذو طبيعة خاصة تتحدد أركانه الموضوعية الخاصة بركن التمويل من جهة وركن ضمان الملكية غير الحيازية من جهة أخرى .

ولم تشأ شركات التأجير التمويلى الفرنسية ترك مصالحها عرضة للتقلب بحسب تردد القضاء فى تكييف العقد من الوجهة القانونية . ولذلك تولت عن النظام القانونى تحديد معالم التأجير التمويلى مستغلة فى ذلك ترسانة القوالب والنظم التى تحدد القوانين اللاتينية - وعلى رأسها القانون الفرنسى - مفهومها وآثارها . كما إستغلت تلك الشركات تقديس مبدأ سلطان الإرادة فى مجال العقود ، فكان لها أن تحدد بحرية واسعة تلك الآثار التى تترتب على إتفاقاتها المختلفة مع عملائها . ومن الثابت أنه متى كان لرأس المال فى قطاع ما حرية واسعة فى تحديد المضمون الإتفاقى للعقود التى يبرمها مع عملائه ، فإنه يتجه نحو إضفاء نوع من النموذجية على تلك العقود ، على نحو يتحقق به أكبر قدر من الحماية لمصالحه .

وتأتى الخطورة من الوجهتين الإقتصادية والإجتماعية عند تقنين المشرع لمسلك رأس المال ، وهو ما فعله المشرع الفرنسى فى تعريفه للتأجير التمويلى مقننا به البنيان الإرادى الذى صاغته الشركات العاملة فى هذا المجال . ومكمن الخطورةفى تقييد القاضى بهذا التقنين فتصبح يداه مكبلة عن تحقيق قدر من التوازن فى العلاقة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد . فلئن فرضنا أن مقتضى العدالة فى تحقيق ذلك التوازن شل القضاء عن أداء رسالته .

خاتمـة الباب الثانى

٦٥١ - على ضوء دراستنا للنظام القانونى لعقد التأجير التمويلى يمكن القول أن التأجير التمويلى من الوجهة الإقتصادية عملية بسيطة . فجوهره تمويل إستثمار محدد للمستفيد يتمثل فى إحدى أدوات الإنتاج أو عقار بزوال من خلاله نشاطه الإقتصادى . لكنه تمويل يقترن بضمان من نوع خاص يتمثل فى ملكية الأصل محل التمويل ، لا يقتضى لفعاليته تخلى المستفيد عن حيازة الأصل ، وإن كان الأمر يقتضى المحافظة عليه .

ولا يتعقد التأجير التمويلى من الوجهة القانونية إلا من زاوية وضع التمويل المضمون بحق الملكية موضع التنفيذ من جهة وضمان فعالية حق الملكية كأداة ضمان من جهة أخرى . فمن الزاوية الأولى تشهد العملية تدخل طرف أجنبى عن علاقة التمويل ، وبالتالى يجب وضع هذا التدخل فى الحدود التى لا تتأثر به المصلحة الجوهرية التى يدور حولها النظام القانونى للعقد أى مصلحة الشركة الممولة . ومن الزاوية الثانية يجب التوفيق بين تمتع شركة التأجير التمويلى بملكية الأصل من جانب وتخلصها من كل عبء فنى أو مالى يتعلق بإستعمال الأصل والمحافظة عليه من جانب ثان ، وتخلصها من الملكية ذاتها فى نهاية العقد من جانب أخير .

٦٥٢ - ومن الملاحظ أن عدم تدخل المشرع الفرنسى فى تنظيم العلاقة العقدية بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد - إلا فى أضيق الحدود - أتاح

لشركات التأجير التمويلى وضع شروط قاسية فى العقد من وجهة مصالح المستفيد .والمثال على ذلك شرط إعفاء الشركة من الضمان أو الشرط الجزائى فى حالة إخلال المستفيد بالتزامه بدفع الأجرة . وقد دعا الأمر القضاء إلى التدخل بفرض ضوابط لصحة شرط الإعفاء وبمحاولته المترددة للحد من آثار الشرط الجزائى . ولقد رأينا أن نطاق حقوق المستفيد فى الرجوع على البائع أو المقاول بالضمان يتأثر بالآلية التى يتقرر بها هذا الرجوع ، مما يدعونا إلى وجوب تقرير دعوى مباشرة للمستفيد عن طريق النص الصريح . كذلك لم يقض تعديل القواعد العامة فى الشرط الجزائى على مشكلات إعمال الشرط الوارد بعقد التأجير التمويلى ، مما كان يفضل معه سن حكم خاص بفسخ العقد المشار إليه .

٦٥٣ - وإنعكس التعقيد القانونى للتأجير التمويلى على محاولات تحديد طبيعته القانونية . فقد غفل عن البعض التناقضات المصلحية فى داخل الإتفاق وتصوره شركة محاصة . وسلم البعض الآخر بالبنيان الإرادى للتأجير التمويلى كما صاغته شركات التأجير التمويلى الفرنسية فجعلت منه فى جوهره عقد إيجار . وعزز المشرع الفرنسى هذا الإتجاه عند تعريفه للتأجير التمويلى فى قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ .

وتتعدد الإتجاهات الفقهية الأخرى فى شأن تكييف عقد التأجير التمويلى من الوجهة القانونية . وبالرغم من وعيها بالدور المنوط بحق الملكية فى إطار هذا الإتفاق حارت بين القوالب العقدية التى يمكنها التعبير عنه . فقيل بالقرض وبالبيع بالتقسيط . وتخلص البعض من مشقة التكييف ، وذلك بإبراز طبيعة العقد الخاصة دون تحديد لأركانه الخاصة ، أو عن طريق إقتراح صورة مستحدثة للملكية هى الملكية الإقتصادية .

ومن جانب آخر أثار تعدد القوالب العقدية التى يشهدها التأجير التمويلى حفيظة جانب من الفقه ، وظن أن فى تحديد دورها وأهميتها حلا لإشكالية التكييف القانونى للعقد أو الإتفاق ، فكانت نظريتا العقد المركب ومركب العقود .

٦٥٤ – والواقع أن التأجير التمويلى كظاهرة قانونية والإشكالات الناجمة عنه برمتها رهين بالتعريف التشريعى للعقد . ولئن كان الأفراد احراراً فى تحديد مسميات إتفاقاتهم ، فإن للقاضى إعادة النظر فى تكييف العقد من الوجهة القانونية دون أن يعر إهتماما بمسمى أطرافه له . لكن متى تدخل المشرع بتحديده للطبيعة القانونية للعقد كان لعمله – وهو التعبير عن سياده الدولة – قوته الملزمة التى تفضى إلى وجوب إحترامه من الكافة وعلى رأسهم القاضى .

ليس من المقطوع به أن القضاء الفرنسى كان ليعيد النظر فى المضمون الإتفاقى لعقد التأجير التمويلى لو لم تكن خطيئة المشرع الفرنسى فى تعريف العقد . لكن التساؤل سيظل أبدا يطرح نفسه ، يؤكده ذلك الحكم لإحدى محاكم الإستئناف الذى سلم بإدعاءات شركة التأجير التمويلى رغم أنه تناول بالتحليل القويم جوهر العقدوأبرز أركانه الرئيسية لكنه عاد ليقرر أنه على الرغم من ذلك يبقى العقد بإرادة المشرع عقد إيجار[١] !

---

(١) Cour d'appel de Lyon, 31 janvier 1980, Quotidien juridique, 4 février 1981.

خاتمـــة الدراســـة :

٦٥٥ - تعرضنا بالدراسة للنظام القانونى للتأجير التمويلى فى ظل القانون الفرنسى . ولا يخفى على أحد ما للجوانب التنظيمية فى هذا القانون - وهو رائد القوانين اللاتينية - من أثر على محاولات تلك القوانين لتنظيم الظاهرة ذاتها ، سواء من الناحية الأدبية أو من زاوية الصنعة القانونية [١] .

ولئن يؤدى إختلاف الأوضاع الإقتصادية والإجتماعية والسياسية فى بلد كفرنسا عن غيرها من البلاد الأخرى إلى وجوب مراعاة ذلك عند تنظيم ثمة ظاهرة من الوجهة القانونية ، إلا أن لتقييم التجربة الفرنسية أهميتها الأكيدة عند الشروع فى سن قواعد تنظم الظاهرة المعنية .

ويتوجه خطابنا فى المقام الرئيسى إلى المشرع المصرى حيث أصبح عرض مشروع القانونى الخاص بالتأجير التمويلى الذى أعدته الحكومة المصرية على البرلمان المصرى وشيكا ، ولسوف يكون على عاتق المشرع إصدار القواعد المنظمة للتأجير التمويلى على نحو يسمح بتحقيق الهدف من صدور القانون .

ولكى يفيد المشرع المصرى بصفة رئيسية ، وكل من يعنيه تطبيق أحكام القانون المصرى وتفسيره عند صدوره ، من التجربة الفرنسية كان لزاما علينا أن تكون دراستنا للنظام القانونى للتأجير التمويلى دراسة نقدية ، تتضح من خلالها معالم الظاهرة المعنية وأوجه الصحه والقصور فى جوانبها التنظيمية من الوجهة القانونية .

ولسوف يرتكز تعليقنا الختامى على النظام القانونى للتأجير التمويلى على أربعة محاور ، نظنها المحاور الرئيسية التى يتعين على المشرع المصرى أخذها فى الإعتبار عند إصداره قانون التأجير التمويلى : الأول خاص بالمشروعات التى يزمع لها الإفادة من التأجير التمويلى ، والثانى خاص بالنظام القانونى الخاص بالمؤسسات العاملة فى هذا

---

(١) لاحظ من خلال الدراسة القانونية المقارنة التى قام بها الأستاذ GIOVANOLI مدى تأثر القوانين اللاتينية فى القارة الأوروبية بأحكام القانون الفرنسى الخاص بالتأجير التمويلى ، مؤلفه :
Le crédit - bail (leasing) en Europe .

المجال ، أما المحور الثالث فهو موضوع التأجير التمويلى أى المجالات التى يجوز تمويل الإستثمارات فيها بواسطة التأجير التمويلى ، والمحور الرابع والأخير هو ذلك المتعلق بالعلاقة العقدية بين الطرفين : شركة التأجير التمويلى والمستفيد .

٦٥٦ - (١) المشروعات المتلقية لخدمة التأجير التمويلى :

رأينا على ضوء التجربة الفرنسية أن جمهور مستهلكى التأجير التمويلى من المشروعات الإقتصادية صغيرة ومتوسطة الحجم . وتتميز تلك المشروعات فى إطار الإقتصاد الفرنسى بضعف قدراتها المالية الذاتية مقارنة بإحياجاتها الملحة إلى التوسع فى نشاطها [١] . ويترتب على ذلك أنها تجد صعوبات بالغة فى تمويل إستثماراتها ، خاصة مع مراعاة حدود إمكانية الحصول على مصادر التمويل التقليدية بالنظر إلى ضعف مركزها المالى [٢] . ومن هنا جاءت أهمية التأجير التمويلى كأداة تمويل إستثماراتها فى الأصول الرأسمالية ، ويمكن معه القول أن التأجير التمويلى لا يعد بالنسبة إلى تلك المشروعات قناة تمويل بديلة عن التمويل التقليدى بالقدر الذى يعد ملاذا أخيرا لتمويل إستثماراتها [٣] .

ولقد إنعكس ذلك على مضمون العلاقة العقدية بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، إذ تتعدد الضمانات التى تشترطها الشركة الممولة لمواجهة مخاطر اعسار المستفيد . ويمثل تقديم هذه الضمانات عبئا ماليا يضاف إلى تكلفة تمويل التأجير التمويلى ، والتى تتأثر بدورها بتكلفة التمويل الذى تحصل عليها شركة التأجير التمويلى ذاتها . ومن شأن ذلك كله تضييق الخناق المالى على المستفيد ، ولا عجب أن يحاول هذا الأخير بشتى الطرق الفكاك من الأعباء المالية المشار إليها خاصة فى الفروض التى يعجز فيها عن إستعمال الأصل محل التمويل على الوجه المنشود . وحيث أن الشركة الممولة لا تعبأ بالعوائق التى قد تعترض إستعمال المستفيد للأصل

---

(١) LUC, op. cit, p. 18. PACE : Pratique.., op. cit, p. A 10 et 12 .
(٢) BENDER , op. cit, p. 6 et s.
(٣) BARBE, op. cit, P.13

كثرت المنازعات أمام القضاء الفرنسي فى هذا الصدد .

ويلاحظ أنه مع بدء الإنشغال بالتأجير التمويلى فى مصر حددت هيئة سوق المال الهدف منه بأنه « تهيئة قنوات بديلة لوسائل التمويل التقليدية وما يستتبعه ذلك من إنشاء وتكوين الشركات الصغيرة والمتوسطة الحجم دون تهيب أو خوف من عدم قدرتها على الحصول على المعدات والآلات والأصول الرأسمالية اللازمة لنشاطها »[1] . ومن جانب آخر قيل بأن التأجير التمويلى هو وسيلة جديدة لتمويل المشروعات التى تعانى من صعوبات مالية[2] . وينم ذلك عن إعتبار جمهور مستهلكى التأجير التمويلى من المشروعات ذات القدرات المالية المحدودة . فإذا كان المراد بحق هو العمل على إزدهار إستثمارات المشروعات المشار إليها يجب إعادة النظر فى مضمون العلاقة العقدية بين الشركة الممولة والمستفيد كى يتحقق فيها قدر من التوازن يزيل الخناق المالى عن المستفيد .

٦٥٧ - (٢) **النظام القانونى للمؤسسات العاملة فى مجال التأجير التمويلى** : أخضع المشرع الفرنسى شركات التأجير التمويلى للنظام القانونى لمؤسسات الإئتمان . وكان ذلك من أجل تحقيق هدفين رئيسيين :

الأول : هو توفير سبل التمويل اللازمة لهذه الشركات لمباشرة نشاطها . ذلك أن مؤسسات الإئتمان تحظى ببعض مصادر التمويل تكون مقصورة عليها ولا تفيد منها غيرها من المشروعات الأخرى . ويدل ذلك على نهم شركات التأجير التمويلى للنقود حتى تتمكن من التوسع فى نشاطها[3] . ويجب أخذ فى الإعتبار الآثار التضخمية لنشاط شركات التأجير التمويلى ، إسوة بغيرها من المؤسسات التى تعمل فى مجال منح الإئتمان .

---

(١) انظر بحث محمود محمد فهى حول التأجير التمويلى كوسيلة من وسائل التمويل ، سابق الإشارة إليه ، ص ٩٣.

(٢) انظر مقال حسام الدين عبد الغنى الصغير حول التأجير التمويلى ، سابق الإشارة إليه .

(٣) PRINCE AGBODJAN, op. cit, p.19.

الثانى : هو خضوعها لرقابة هيئات الإشراف المالية ، لضمان إتساق نشاطها مع السياسات المالية للدولة الفرنسية . وقد لامسنا بإيجاز معالم هذه الرقابة سواء فى ظل قانونى ١٣ و ١٤ يناير ١٩٤١ أو فى ظل قانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ . وأهم ما يترتب عليها من آثار هو الحد من حجم الإئتمان الذى تمنحه شركات التأجير التمويلى فى ظل إتباع الدولة سياسة مالية إنكماشية [١] .

ويلاحظ أن المشرع الفرنسى لم يعترض على إمكانية تلقى شركات التأجير التمويلى ودائع نقدية من الجمهور ، إذ أتاح لها اول الأمر الخيار بين الخضوع لنظام البنوك فى ظل قانون ١٣ يناير ١٩٤١ أو الخضوع لنظام المؤسسات المالية فى ظل قانون ١٤ يناير ١٩٤١ . ولئن إختارت جل شركات التأجير التمويلى الفرنسية الخضوع للنظام الثانى إلا أنه من الوجهة النظرية كانت إمكانية تلقى الودائع من الجمهور متاحة لها .

إلا أن مؤدى المادة الثانية من قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ هو أن يكون الغرض الرئيسى للشركة القيام بأعمال التأجير التمويلى وإن خضعت لنظام البنوك . وعلى ذلك لم يكن متاحا للبنوك بمفهومها التقليدى مزاولة التأجير التمويلى على وجه الإعتياد .

كذلك إستحدث المشرع الفرنسى نظاما قانونيا خاصا بالشركات العاملة فى مجال التأجير التمويلى العقارى على وجه الخصوص وتأجير العقارات بوجه عام ، هو نظام الشركة العقارية للتجارة والصناعة (SICOMI) . ولقد إقترن ارساء هذا النظام بمنح مزايا ضريبية لتلك الشركات ، كما كان لمقتضيات الحد من آثارها التضخمية أثرها فى فرض بعض القيود عليها .

وعلى ذلك يجب على المشرع المصرى عند تحديده للنظام القانونى للمؤسسات العاملة فى مجال التأجير التمويلى مراعاة إحتياجاتها إلى مصادر تمويل متنوعة ، مع وجوب التوفيق بين هذا الإعتبار وضرورة الحد من الآثار التضخمية لنشاطها .

---

(١) BANQUE DE FRANCE : le crédit - bail mobilier, op. cit, p. 7.

وقد يسمح المشرع للبنوك التجارية بمزاولة نشاط التأجير التمويلى ، إلا أنه يجب فى هذه الحالة إستثناء هذا الوجه من أوجه النشاط من حكم المادة ٣٩ من قانون البنوك والإئتمان رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ الذى يخطر تعامل البنوك فى المنقول أو العقار بالشراء أو البيع أو المقايضة إلا فى أضيق الحدود التى لا تشمل مزاولة التأجير التمويلى . صحيح أن البنك لن يمتلك الأصل إلا على سبيل الضمان - مما ينفى عنه التعامل فيه بمفهومه التجارى [١] - إلا أن تصوير العملية بأنها شراء لأجل التأجير يحتم شمول الحظر للتأجير التمويلى .

ويخضع البنك فى مزاولة نشاط التأجير التمويلى لرقابة البنك المركزى المصرى ، سواء من حيث تحديد أثمان التمويل أو تحديد حجم الإئتمان الممنوح مقارنة برأسمال البنك وحجم الودائع لديه أو وضع حد أقصى لحجم الإئتمان الذى يجوز للبنك منحه على ضوء السياسات المالية الإنكماشية للدولة المصرية [٢] .

وعلى العكس من ذلك قد يشترط المشرع المصرى تأسيس شركات يكون غرضها الرئيسى مزاولة نشاط التأجير التمويلى ، وقد يفرض عليها شكلا محددا من أشكال الشركات يكون على الأرجح شكل شركة المساهمة ذات الإكتتاب العام [٣] . فهى أكثر أشكال الشركات فى القانون المصرى تعبيرا عن المشروعات كبيرة الحجم التى يتطلب نشاطها مركزا ماليا قويا وقدرة على الحصول على التمويل من مصادره المختلفة . لكن يلاحظ أن شركات التأجير التمويلى سوف تفتقد رقابة الهيئات المالية وعلى رأسها البنك المركزى . لذلك نرى وجوب النص فى قانون التأجير التمويلى على بعض الضمانات الخاصة ، وأهمها تحديد حد أدنى لرأسمال الشركات العاملة فى هذا المجال وتحديد نسبة منح الإئتمان مقارنة برأسال الشركة المصدر .

---

(١) فى هذا المعنى محمود محمد فهمى ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ .

(٢) أما إذا ساهمت البنوك فى تأسيس شركات يكون غرضها الرئيسى القيام بأعمال التأجير التمويلى فلا يخضع نشاطها لرقابة البنك المركزى لأنها تكون مقصورة على الأعمال المصرفية أى تلك التى تقوم بها البنوك . أما وقد إنتفت عن الشركة الوليدة وصف البنك فلا تخضع لرقابة البنك المركزى .

(٣) ويترتب على ذلك خضوعها لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨ فى شأن شركات الأموال وخضوعها لأحكام القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون سوق رأس المال .

ويلاحظ أنه ليس ثمة ما يمنع من تأسيس شركات التأجير التمويلي تحت مظلة قانون الإستثمار . إلا أن الأمر يحتاج إلى صدور قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على إقتراح مجلس إدارة مجلس الهيئة العامة للإستثمار بإضافة نشاط التأجير التمويلي إلى الأنشطة التي يجوز للشركات التي تؤسس تطبيقا لقانون الإستثمار مزاولتها . ذلك أن المادة الأولى من قانون الإستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ لم تشر إلى التأجير التمويلي من بين مجالات الإستثمار في مفهوم هذا القانون .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن مجلس إدارة هيئة الإستثمار أصدر قراره بجلسته المنعقدة في ٣ / ٨ / ١٩٨٢ بالموافقة على إنشاء شركات التأجير التمويلي تحت مظلة قانون الإستثمار دون حاجة إلى تعديل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الخاص بإستثمار المال العربي والأجنبي والذي كان ساريا آنذاك . وقد حدد قرار المجلس الشروط الواجب توافرها لمزاولة التأجير التمويلي تحت مظلة هذا القانون [1] . ومع ذلك لم يكن صدور القرار المشار إليه كافيا لحث رأس المال على تأسيس شركات التأجير التمويلي إنتظارا لصدور القانون الخاص به والذي ينظم النشاط من النواحي القانونية والضريبية والجمركية والإستيرادية والمحاسبية [2] .

---

(١) وتتمثل هذه الشروط في الشروط السبع الآتية :

١ - أن يكون نشاط المستفيد داخلا في أحد المجالات المنصوص عليها في قانون الإستثمار ولكن لا يشترط حتما أن يكون مشروع المستفيد خاضعا لأحكام هذا القانون .

٢ - أن تكون الشركة شركة مساهمة مصرية ، تساهم في تأسيسها البنوك وغيرها من المؤسسات الكبرى مع إمكانية طرح جزء من رأسمالها للإكتتاب العام .

٣ - مراعاة الحدود المقبولة في نسبة الإقتراض إلى رأس المال المملوك ، على أن يحدد مجلس إدارة هيئة الإستثمار هذه النسبة عند موافقتها النهائية على المشروع .

٤ - أن يكون رأسمال الشركة بحد أدنى ١٠ مليون جنيه مصري .

٥ - موافاة هيئة الإستثمار بصفة دورية كل ثلاثة شهور بملخص العقود التي تبرمها الشركة مع عملائها .

٦ - موافقة هيئة الإستثمار مسبقا على نوعيات الأصول الرأسمالية التي سوف يقوم المشروع بتأجيرها .

٧ - عدم جواز قبول ودائع من الجمهور بصفة معتادة .

(٢) انظر في ذلك : محمود محمد فهمي ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

ويتضح من ذلك أن متطلبات رأس المال للعمل فى مجال التأجير التمويلى فى مصر تتمثل فى الآتى :

١ - ضمان نفاذ حق ملكية الأصل فى مواجهة الكافة ، وعلى وجه الخصوص فى مواجهة جماعة دائنى المستفيد فى حالة شهر إفلاسه .

٢ - تقرير بعض المزايا الضريبية لنشاط التأجير التمويلى والحد من الآثار المالية السلبية للأحكام الضريبية السارية .

٣ - إعادة النظر فى الرسوم الجمركية للسلع الرأسمالية التى يتم إستيرادها من الخارج .

٤ - الحد من القيود الواردة على إستيراد السلع الرأسمالية أو على إستيراد المواد اللازمة لبناء العقار محل التمويل .

٥ - فرض بعض القيود على الدفاتر المحاسبية للمستفيد حتى يتبين لشركات التأجير التمويلى حجم مديونيته الحقيقى الناشئة عن عقود تأجير تمويلى أخرى .

ويلاحظ أنه فى ظل القانون الفرنسى تحقق المطلب الأول عن طريق نظام شهر عقود التأجير التمويلى . ومع ذلك لم يسلم نظام الشهر القانونى من إعتراض شركات التأجير التمويلى عليه لما يرتبه من جزاء عدم نفاذ حق ملكية المنقول فى مواجهة دائنى المستفيد وخلفه الخاص .

وجدير بالإشارة إلى أن القضاء المصرى لا يعتد بشرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان فى مواجهة جماعة دائنى المشترى . ولذلك يهدد حكم المادة ٤٣٠ فقرة رابعة من القانون المدنى مصالح شركات التأجير التمويلى فى مصر . فالمادة تحدد الأحكام الخاصة بشرط الإحتفاظ بملكية المبيع على سبيل الضمان ، وتقضى فقرتها الرابعة بسريان هذه الأحكام ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا . ويكون مؤدى ذلك وجوب إعتبار عقد التأجير التمويلى فى ظل أحكام القانون المصرى عقد بيع إحتفظت فيه الشركة الممولة بملكية الأصل على سبيل الضمان . ويكون أمام المشرع المصرى

لتفادى ذلك أحد سبيلين : إما تقنين تكييف العقد بأنه إيجار مع تقرير نفاذ حق ملكية شركة التأجير التمويلى فى مواجهة الكافة إما الإعتداد بالطبيعة الخاصة للعقد ..ويرجح لجوء المشرع إلى السبيل الأول ، متبعا فى ذلك خطوات نظيره الفرنسى ومقننا لممارسات شركات التأجير التمويلى الفرنسية .

ولقد حقق المشرع الفرنسى المطلب الخامس عن طريق نظام الشهر المحاسبى للتأجير التمويلى ، وبه يتحقق لكل من يتعامل مع المستفيد العلم بحجم مديونيته الحقيقى ومدى بلوغه حد التشبع الإئتمانى . ويحقق هذا النظام ميزة كبرى للبنوك وشركات التأجير التمويلى وسائر المؤسسات الأخرى العاملة فى مجال منح الإئتمان .

أما عن الأحكام الضريبية فلم تثر القواعد العامة فى شأن الضرائب المباشرة إعتراض شركات التأجير التمويلى ، بل أفادت كما رأينا من الأحكام الخاصة بالإهلاك الضريبى للأصل المؤجر . ولقد تدخل المشرع الفرنسى للحد من الآثار المالية السلبية للنظام الضريبى فى مجال التأجير التمويلى العقارى بوسيلتين :

١ – ارساء نظام الشركات العقارية للتجارة والصناعة .

٢ – اجازته للإتفاق على تأسيس الشركة المدنية العقارية من أجل تنفيذ عملية التأجير التمويلى العقارى .

كذلك تدخل المشرع الفرنسى فى مجال الضرائب غير المباشرة ، ورأينا كيف إستطاع الحد من الآثار السلبية لفرض الضريبة على القيمة المضافة فى مجال التأجير التمويلى . ويلاحظ أنه فى مصر من شأن فرض ضريبة المبيعات زيادة تكلفة التأجير التمويلى والتى سوف يتحملها المستفيد وحده ، وتزداد التكلفة المالية إذا اضطرت الشركة الممولة إلى دفعها فى أول العملية . وإذاكان الأمر يدعو بالمشرع إلى إعفاء المبادلات التى تتم فى إطار التأجير التمويلى من أداء تلك الضريبة ، فإن من شأن ذلك التزام مستهلك سلعة أو خدمة المستفيد وحده بدفع الضريبة المقررة على السلعة أو الخدمة بينما يعفى المستفيد من أداء الضريبة المقررة على السلعة الرأسمالية التى يتم تمويلها بواسطة التأجير التمويلى .

٦٥٨ - (٣) موضوع التأجير التمويلى :

إن التأجير التمويلى وسيلة تمويل مرنة يصح اللجوء إليها لإقتناء أى من الأصول المعمرة . ويتحدد موضوع التأجير التمويلى من زاويتين إحداهما إقتصادية والأخرى قانونية . فمن الوجهة الإقتصادية قد لا يكون هناك جدوى من اللجوء إلى التأجير التمويلى نظرا لإرتفاع تكلفة التمويل مقارنة بقيمة المال محل التمويل . أما من الوجهة القانونية فقد يقصر المشرع سريان الأحكام التشريعية الخاصة بالتأجير التمويلى فى نطاق محدد بالنظر إلى موضوعه ، أى طبيعة الأموال التى يرد عليها أو المجالات التى يجوز تمويل الإستثمارات فيها بواسطة التأجير التمويلى .

ولقد أقصر المشرع الفرنسى نطاق تطبيق أحكام قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ على الأصول الرأسمالية ، سواء تمثلت فى منقول أو عقار ، مستبعدا بذلك العمليات الواردة على سلع إستهلاكية . ولقد ذكرنا أيضا أن الوضع يختلف فى الولايات المتحدة الأمريكية حيث يعمل بنظام التأجير التمويلى فى شأن بعض السلع الإستهلاكية ذات القيمة المرتفعة وعلى الأخص السيارات والعقول الإلكترونية وغيرها من السلع المعمرة .

ففى ظل الأوضاع الراهنة فى القانون الفرنسى تسرى أحكام قانون ١٩٦٦ على التأجير التمويلى الوارد على المعدات الإنتاجية وأدوات العمل - أى المهمات بمفهوم قانون الملكية التجارية - والمحال التجارية والحرفية وعناصرها المعنوية . ومع ذلك لا تقتصر المعدات الإنتاجية وأدوات العمل على تلك التى تستخدم فى مجال الأعمال التجارية بمفهومها القانونى ، وإنما تمتد إلى جميع مجالات النشاط الإقتصادى .

أما عن التأجير التمويلى العقارى الخاضع لأحكام قانون ١٩٦٦ فلا يرد إلا على العقارات المخصصة لأغراض إمتهانية . وبالتالى لا تسرى أحكام القانون على المبانى المخصصة لأغراض السكنى . ويلاحظ أن التأجير التمويلى فى مفهوم القانون الفرنسى لا يرد على الأراضى ويكون مقصورا على المبانى وإن شمل التمويل الأرض فى بعض الفروض . ولذلك لا يجوز تأجير الأراضى الزراعية أو الأراضى الفضاء تأجيرا تمويليا

طبقا لقانون ١٩٦٦ [١] . وعندما تدخل المشرع لمنح بعض المزايا للشركات العاملة فى مجال التأجير التمويلى العقارى تحدد الغرض من الشركات العقارية للتجارة والصناعة بتأجير العقارات المخصصة لأغراض صناعية وتجارية .

ويرتبط إستبعاد بعض الأموال من موضوع التأجير التمويلى بالأحكام الضريبية فى القانون الفرنسى . إلا أنه ليس بالمعيار الحاسم ، فقد دعت طبيعة الأرض كمال لا يجوز إهلاكه إلى إستبعادها من موضوع التأجير التمويلى . إلا أن المشرع رأى إخضاع تأجير المحال التجارية أو الحرفية أو عناصرها المعنوية لأحكام قانون ١٩٦٦ واستن قواعد خاصة بهذه الصور للتأجير التمويلى كى تتلاءم والأحكام الضريبية السارية .

وعلى ذلك يمكن للمشرع المصرى أن يمد مظلة التأجير التمويلى لتغطى المجالات التى يقدرها حيوية ويجيز بالتالى تمويل الإستثمارات فيها عن طريق التأجير التمويلى : مجال المقاولات والتشييد حدا من أزمة الإسكان فى مصر ، ومجال العلاج الطبى بتمويل بناء المستشفيات والمستوصفات والعيادات الطبية وتجهيزها ، ومجال الميكنة الزراعية ، وقطاع الصناعة ، وقطاع النقل والمواصلات ، وقطاع البترول وإستغلال الموارد الطبيعية وغيرها من المجالات الأخرى .

وما على المشرع المصرى إلا التحوط فى معالجة الأوضاع القانونية التى ترتبط بالتأجير التمويلى فى مختلف هذه المجالات . والمثال على ذلك عدم سريان حكم الإمتداد القانونى لعقود إيجار الأماكن على المبانى المؤجرة فى إطار التأجير التمويلى أو أحكام الأجرة القانونية فى شأنها . ذلك أن التأجير التمويلى ليس إستغلالا للمبانى عن طريق تمكين الغير من الإنتفاع بها مقابل أجرة وإنما هو تمويل لإستثمار محدد للمستفيد . ومع ذلك لا يكون الحكم المتقدم جائزا إلا إذا كان إنتقال الملكية إلى المستفيد فى نهاية مدة العقد ممكنا . أما صورة التأجير التشغيلى فمتى كان واردا على مبان صار أداة للتحايل على حكم الإمتداد القانونى لعقود إيجار الأماكن .

---

(١) ويضاف إلى ذلك المناجم والمحاجر والمزارع السمكية والمراعى والأراضى المستغلة فى إستخراج البترول .

كذلك يجب مراعاة حكم المادة ١٢ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ التى لا تجيز نقل ملكية السفينة المصرية إلى أجنبى أو تأجيرها له لمدة تزيد على سنتين إلا بعد الحصول على إذن من وزير النقل والمواصلات والنقل البحرى [١] .
وحيث أن مدد عقود التأجير التمويلى للسفن تتراوح بين سبع وعشر سنوات من جانب وأن مآل الملكية أن تنتقل إلى المستفيد من جانب آخر ، فإنه لا يجوز تمويل السفن المصرية بواسطة التأجير التمويلى إلا للمصريين أو بعد الحصول على إذن من الوزير المختص بالنسبة إلى الأجانب . لكن المجال الحقيقى للتأجير التمويلى يكون فى تمويل إقتناء المصريين للسفن من الخارج ، ويجب فى تقديرنا النص على وجوب قيد عقود التأجير التمويلى فى سجل السفن حتى يفيد ذلك فى إثبات عكس القرينة الواردة بالمادة ٧٨ من قانون التجارة البحرية ، أى إثبات أن المستفيد وحده هو الذى يكتسب وصف مجهز السفينة المؤجرة دون شركة التأجير التمويلى .

٦٥٩ - (٤) العلاقة العقدية الناشئة عن التأجير التمويلى :

عنى المشرع الفرنسى فى المقام الأول بأثر عقد التأجير التمويلى على حقوق الغير ، وكان فى ارسائه لنظام الشهر القانونى وسيلة حماية تلك الحقوق . فما لم يكن عقد التأجير التمويلى مشهرا لا يجوز الإحتجاج بحق ملكية الشركة الممولة للأصل فى مواجهة دائنى المستفيد وخلفه الخاص .

وتبرز أهمية الإشهار فى مجال تأجير المنقولات عنه فى مجال تأجير العقارات . ذلك أن التصرفات الواردة على هذه الأخيرة تخضع تقليديا لنظام الشهر العقارى . أما فى مجال المنقولات فالأصل هو عدم خضوع التصرفات الواردة عليها لثمة نظام إشهار . ويكون لهذا الوضع مضاره على حقوق مالك المنقول فى حالة إعمال قاعدة الحيازة فى المنقول بسبب صحيح وحسن نية سند الملكية أو فى حالة إعمال نظرية الظاهر وخاصة فى نطاق المعاملات التجارية .

---

(١) انظر فى ذلك مؤلفنا الوجيز فى القانون البحرى ، الجزء الأول : السفينة ، الإسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص ٢٢٦

ولذلك لا غنى فى سبيل إزدهار نشاط التأجير التمويلى للمنقولات عن شهر العقود المبرمة بين الشركة الممولة والمستفيد ، وبه يعلم الكافة بتعلق حقوق الشركة على الأصل أوبعبارة أدق إنتفاء حقوق الملكية عن المستفيد ويكون ذلك حائلا دون إعمال قاعدة الحيازة فى المنقول أو إعمال نظرية الظاهر . أما فى مجال التأجير التمويلى العقارى فتفرض القواعد التقليدية للشهر العقارى شهر عقود الإيجار طويلة المدة لكى تكون نافذة فى مواجهة كل من يتلقى حقا عينيا على العقار المؤجر [١]

ويراعى أن المشرع الفرنسى جعل من نظام شهر عقود التأجير التمويلى للمنقولات نظاما قضائيا . أما النظام القانونى المصرى فيجعل من شهر التصرفات القانونية بوجه عام نظاما إداريا : فكل من الشهر العقارى والسجل التجارى وسجل السيارات بإدارة المرور وسجل السفن نظم إدارية لتبعيتها لجهات الإدارة العامة ويترتب على ذلك ألا تكون للبيانات الثابتة فيها حجية مطلقة ، خلافا لما يكون عليه الحال فى نظم الشهر القضائية . وحسما لكل خلاف حول نفاذ حق ملكية شركات التأجير التمويلى للأصل المؤجر وما يترتب عليه من آثار ، نرى وجوب تخلى المشرع المصرى عن عادته والحاق سجل قيد عقود التأجير التمويلى بإحدى الجهات القضائية

أما فيما يتعلق بالجوانب التنظيمية للعلاقة العقدية الناشئة بين شركة التأجير التمويلى والمستفيد ، كان تدخل المشرع الفرنسى فى أضيق الحدود وإقتصر على وضع حكم لمسألتين لا ثالث لهما

١ - التزام المتصرف إليه بأحكام عقد التأجير التمويلى مع بقاء الشركة الممولة ضامنة لحسن تنفيذ التزامه تجاه المستفيد

٢ - عدم خضوع عقد التأجير التمويلى العقارى لحكم التقايل طبقا لأحكام لائحة ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ ووجوب الإتفاق على شروط طلب المستفيد فسخ العقد

---

(١) انظر فى ذلك : برهام محمد عطا الله الوسيط فى قانون إيجار الأماكن ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ص ١٢٢

بإرادته المنفردة .

وما عدا ذلك من أحكام العقد فهو متروك لإرادة الطرفين . وتشهد التجربة الفرنسية هيمنة شركة التأجير التمويلى على المضمون الإتفاقى للعقد ، فتضمنه من الشروط والقوالب ما يتفق وتحقيق مصالحها وحدها . وقد إستغلت فى ذلك الطبيعة المكملة لقواعد عقد الإيجار فى التقنين المدنى الفرنسى .

ومن شأن الإخلال بالتوازن العقدى فى إتفاق التأجير التمويلى تضييق الخناق المالى على المستفيد . ويبدو التأجير التمويلى كوسيلة لتركيز رأس المال عن طريق دفع المشروعات صغيرة أو متوسطة الحجم إما إلى التصفية وإما إلى الادماج وإما إلى شفا شهر الإفلاس . وليس من شأننا الدفاع عن المصالح الإقتصادية للمشروعات صغيرة أو متوسطة الحجم ، أو بإصطلاح علم الإجتماع الدفاع عن البورجوازيات الصغرى . إلا أنه إذا كانت الدولة المصرية تقدر أن لمثل هذه المشروعات دورها فى التنمية الإقتصادية فإنه يجب على المشرع ضمان قدر من التوازن فى العلاقة العقدية بين التأجير التمويلى والمستفيد [(١)] .

ولعل عملاء شركات التأجير التمويلى يجدون فى سلطة القاضى فى تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء المدين منها ، تطبيقا للمادة ١٤٩ من القانون المدنى ، سبيلا فعالا لإعادة التوازن المفقود فى العلاقة العقدية . وليت القضاء المصرى يتخلص من مفهومه التقليدى لعقد الاذعان الذى صاغ شروطه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة منذ

---

(١) فى رسالتنا للدكتوراه ، سابق الإشارة اليها، طرحنا إشكالية عدم توازن الأداءات فى إتفاق التأجير التمويلى ودافعنا عن وجوب إعادة التوازن فى العلاقة العقدية بين الشركة الممولة والمستفيد (انظر الباب الثانى من القسم الثانى من الرسالة) . وكان ذلك إنطلاقا مما يجب أن يسود المبادلات من تكافؤ مادى تأثرا بالنزعة الموضوعية فى تحليل العقود ، وإستهلاما بمبدأ الغرم بالغنم فى توزيع تبعة المخاطر الناشئة عن العقد . ولكن فى نهاية التحليل تبين لنا أن حياد الصنعة القانونية أمر ظاهرى ، بل نشك جديا فى مجرد وجوده . فكان دفاعنا فى واقع الأمر دفاعا عن مصالح إقتصادية لفئة محددة من رأس المال ، هو القائم فى مجال الصناعة والخدمات على المشروعات صغيرة ومتوسطة الحجم . وبعبارة أخرى كان دفاعنا عن البورجوازية الصغيرة فى المجتمع الفرنسى !

قرابة النصف قرن [1] ، ويأخذ فى إعتباره عدم التكافؤ الإقتصادى بين طرفى العلاقة ، شركة التأجير التمويلى والمستفيد .

ونشير أخيرا إلى أن إمكانية إعمال حكم المادة ١٤٩ من القانون المدنى رهين بنمط تدخل المشرع بتنظيم العلاقة الرئيسية . فقد يتجه إلى تنظيم تلك العلاقة على نحو يقنن به مجمل ممارسات شركات التأجير التمويلى الفرنسية . فيكون بذلك قد قنن عدم التوازن ، ووقف حائلا دون تطبيق القاضى لحكم المادة ١٤٩ من القانون المدنى إذ لا يجوز تطبيق القواعد العامة مع وجود النص الخاص .

٦٦٠ – فى ختام هذه الدراسة نقر بأننا أسعد الناس بصدور القانون المصرى فى شأن التأجير التمويلى لأسباب تتجاوز مجرد المنزلة العاطفية لهذا الموضوع لدينا لما أفنيناه من سنوات الشباب فى دراسته .

فصدور القانون يأتى فى إطار مجموعة الإجراءات التى تتخذها الدولة المصرية حتى يحمل رأس المال الخاص ، المصرى والأجنبى ، شعلة التنمية الإقتصادية فى بلدنا .

وإما أن يخدم التأجير التمويلى ظاهرة تركيز رأس المال وإما أن يتيح للمشروعات صغيرة ومتوسطة الحجم فرصة حقيقية للإنتعاش الإقتصادى . وفى كلتا الحالتين سوف تتضح أمامنا القدرات الحقيقية لرأس المال الخاص فى تحقيق التنمية الإقتصادية .

فلعل صدور قانون التأجير التمويلى وتنفيذه يقيم لنا الدليل على عجز رأس المال الخاص عن قيادة أية تنمية إقتصادية شاملة ، يكون المجتمع المصرى فى أحوج الحاجة إليها .

﴿ تم بحمد الله وتوفيقه ﴾

---

(١) انظر رسالته للدكتوراه : فى عقود الاذعان فى القانون المصرى . دراسة فقهية وقضائية ومقارنة ، جامعة فؤاد الأول (القاهرة حاليا) ، ١٩٤٦ ، ص ٥٨ وما بعدها .

الفهـــــرس

الموضـــوع	الصفحة

الموضــوع	الصفحة

الموضـــوع | الصفحة

الموضــــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

﴿ تم بحمد الله وتوفيقه ﴾

الباب الأول

التأجير التمويلى بوصفه ظاهرة قانونية

المفهوم القانونى للتأجير التمويلى • الإطار التنظيمى لنشاط التأجير التمويلى فى فرنسا

الباب الثانى

النظام القانونى لعقد التأجير التمويلى

أحكام عقد التأجير التمويلى • الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلى

الإشعاع alesha'a

مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع

الإدارة والتوزيع : المنتزة . أبراج مصر للتعمير رقم ١٤ ☎ ٥٤٧٥٤٩١

المطابع : ١١ معمورة البلد . بحرى . شارع ٢٦٨ ☎ ٥٦٠٠٤٧٩ إسكندرية